

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

ANDRÉA ÁVILA RAMALHO

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE
ATIPICIDADE MATERIAL E DESPROPORCIONALIDADE DA
PENA**

BRASÍLIA

2013

Andréa Ávila Ramalho

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE
ATIPICIDADE MATERIAL E DESPROPORCIONALIDADE DA
PENA

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como
requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília

2013

Andréa Ávila Ramalho

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE
ATIPICIDADE MATERIAL E DESPROPORCIONALIDADE DA
PENA

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como
requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Olindo Herculano de Menezes

Prof. Ms. Atalá Correia

TCC apresentado em ____ de _____ de 2013.

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Prof. Dr. Olindo Herculano de Menezes

Prof. Ms. Atalá Correia

RESUMO

O trabalho visa examinar as causas que levaram ao surgimento e à adoção do princípio da insignificância no Brasil e a forma como sua aplicação vem sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), além de fazer uma análise crítica da compreensão majoritária que se formou em torno desse princípio.

O princípio da insignificância é vetor de interpretação do tipo penal, ou seja, aplicável no âmbito da teoria do delito, que conduz à atipicidade material em caso de insignificância absoluta do fato. De outra banda, é corolário do princípio da proporcionalidade em caso de fato relativamente insignificante, estando apto a afastar circunstancialmente, no âmbito da teoria da pena, a sanção cominada pela lei incriminadora. O contraste entre insignificância absoluta e insignificância relativa conduz o exegeta à percepção de que o juízo de atipicidade restrito à teoria do delito não coincide com o juízo de desproporcionalidade da sanção realizado no âmbito da teoria da pena, sendo possível, nessa linha, cogitar-se da atipicidade por inconstitucionalidade, *in concreto*, da sanção aplicável.

O aprofundamento desse debate apresenta-se como uma convidativa possibilidade na superação de algumas fragilidades conceituais na aplicação prática do princípio da insignificância.

Palavras-chave: bagatela – inconstitucionalidade – infração – lesividade – princípio da insignificância – proporcionalidade da pena – reprovabilidade – teoria da pena – teoria do delito – tipicidade – política criminal.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1. BASES DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	9
1.1. Princípios gerais do direito penal	9
1.1.1. Princípio da intervenção mínima	10
1.1.2. Princípio da fragmentariedade	11
1.1.3. Princípio da ofensividade	12
1.1.4. Princípio da proporcionalidade das penas	12
1.2. Conceitos jurídico-penais relacionados ao princípio da insignificância	14
1.2.1. Bem jurídico	14
1.2.2. Tipicidade	15
1.3. Crise da dogmática	18
1.4. Funcionalismo penal	20
1.5. A doutrina moderna e o conceito de tipicidade	20
1.6. Teoria da adequação social	23
1.7. Surgimento do princípio da insignificância	25
1.8. Inevitáveis questões pragmáticas no direito brasileiro	26
1.9. Objeções à adoção do princípio da insignificância	28
1.10. Observação final	30
2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	31
2.1. Como corretivo de política-criminal	31
2.2. Como questão de direito material	32
2.2.1. Insignificância como causa exculpante	32
2.2.2. Insignificância como causa atípificante	33
2.2.3. Insignificância como causa justificante	34
2.3. Como questão processual	36
2.4. Princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)	38
2.4.1. Aplicação não uniforme do princípio da insignificância	40
2.4.2. Crítica à jurisprudência	44
2.5. Observação final	47
3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E POSSÍVEIS ABORDAGENS	48
3.1. Espécies de infração insignificante	48
3.1.1. Insignificância absoluta	48

3.1.2. Insignificância relativa.....	49
3.1.3. Diferenças entre as infrações absoluta e relativamente insignificantes	50
3.2. Princípio da irrelevância penal do fato	51
3.3. Ausência de tipicidade <i>versus</i> desproporcionalidade da sanção	52
3.4. Juízo de proporcionalidade e de tipicidade no STF	56
3.5. Juízo de proporcionalidade e contumácia delitiva.....	59
3.6. Observação final	60
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

No último século, a jurisdição penal passou a se preocupar com casos em que o juízo tradicional de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade não se revelava suficiente para dar concretude às finalidades do Direito Penal.

A dogmática desenvolvida até então, excessivamente formalista, mostrou-se insuficiente para o tratamento de casos que envolvessem questões axiológicas próprias do século XX. O emaranhado conceitual dogmático apresentava-se como uma exigência racional do sistema jurídico-penal, o qual ocultava opções políticas sob o manto de aparente neutralidade. Nesse contexto, na segunda metade do século XX, especialmente a partir da década de 70, o funcionalismo chamou a atenção para a necessidade de se reconhecer que a compreensão teórica do crime parte da função do Direito Penal no seio da sociedade.

O resgate da contribuição neokantista acerca da dimensão valorativa da teoria do delito associado à nova percepção do significado político-criminal contido nas categorias até então formuladas ensejou a reconfiguração dos conceitos tradicionais, especialmente da concepção de tipicidade. Novas teorias, como a da adequação social e a da tipicidade material, trouxeram à baila importantes considerações a respeito do âmbito de proibição da norma penal, que é mais restrito do que o da simples adequação formal do fato ao tipo.

A nova teoria do delito, menos baseada na pretensão de neutralidade, tornou possível a redescoberta do antigo brocardo romano *minima non curat praetor* que, apesar de ter se espalhado por vários ramos do Direito, teve especial relevância no âmbito Penal. A partir daí, o recém formulado princípio da insignificância empenhou-se em dar concretude à intervenção mínima do Direito Penal e aos princípios da fragmentariedade, da ofensividade e da proporcionalidade das penas.

No Brasil, além da influência funcionalista, também questões pragmáticas afetas às precárias condições do sistema carcerário levaram ao acolhimento do princípio da insignificância como forma de materializar as finalidades do Direito Penal e como meio para efetivar a Justiça no caso concreto.

Contudo, parece não ter havido no país uma reflexão mais cuidadosa a respeito da forma de se adotar o princípio da insignificância em cada tipo de caso que se apresenta ao Poder Judiciário.

Embora os magistrados venham se mostrando atento aos anseios da sociedade por justiça e à necessidade de tornar concreta a intervenção mínima do Direito Penal, a falta de uma compreensão mais sistemática e clara em torno do princípio da insignificância pode colocar em risco o avanço no terreno da segurança jurídica que a doutrina penalista empreendeu desde o Iluminismo.

O rápido exame das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do tema indica que não há homogeneidade na aplicação do princípio da insignificância. Considerando-se a posição ocupada pela Corte na estrutura do Poder Judiciário, a falta de uniformidade do entendimento em torno do princípio em comento gera reflexos sobre outras instâncias de julgamento.

Nos casos em que o Tribunal examina, por exemplo, situação concreta a envolver agente contumaz na prática de infrações, as decisões oscilaram durante muito tempo no que diz respeito à possibilidade de se reconhecer a insignificância. Mais recentemente, embora a jurisprudência venha se consolidando no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância em benefício de agente que pratica reiteradamente pequenas infrações, as justificativas nas quais a Corte se apoia para afastar essa aplicação parecem incorrer em algumas fragilidades, o que pode prejudicar a segurança jurídica.

Diante dessa constatação, propõe-se aqui uma nova forma de se compreender a insignificância, bem como o aprofundamento do debate a respeito do tema.

1. BASES DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

1.1. Princípios gerais do direito penal

Desde a Idade Moderna, os filósofos e estudiosos do Direito buscaram conferir à aplicação das normas penais maior racionalidade e previsibilidade. Especialmente nos séculos XVII e XVIII, traçaram as linhas mestras da criminologia moderna, e elegeram os princípios fundamentais do Direito Penal, tais como os da legalidade, da proibição da analogia *in malam partem*, da anterioridade da lei, da irretroatividade da lei penal mais severa, da fragmentariedade, da intervenção mínima, da ofensividade, da subsidiariedade, da culpabilidade, da humanidade e da proporcionalidade das penas, do estado de inocência e da igualdade, dentre outros.

Com efeito, a partir do movimento Iluminista, os fundadores daquilo que se convencionou chamar de dogmática penal centraram suas preocupações em criar mecanismos capazes de conter o abuso do poder punitivo do Estado. Tal característica do poder de punir decorria, em grande medida, da ausência de legitimação democrática das instituições europeias do fim da Idade Moderna, de modo que a escolha do Poder Legislativo como único autorizado a criminalizar comportamentos pode ser vista como resultado dos movimentos de tendência democrática que surgiram no período.

Assim, desde o fim do século XVII, os ideais de liberdade, igualdade e segurança jurídica criaram um ambiente favorável ao desenvolvimento de um direito penal que tivesse como objetivos principais (i) a proteção dos bem jurídicos mais valiosos para a sociedade e (ii) o resguardo do indivíduo perante o poder do Estado, o qual, salvo algumas exceções, como no caso da legítima defesa, detém o monopólio do uso da força em detrimento da liberdade do cidadão.

Dessa forma, a formulação dos princípios referidos veio ao encontro desse objetivo do Direito Penal, que, mais recentemente, foi redescoberto pela teoria penalista.

Antes de adentrar em maiores detalhes sobre o reencontro da teoria penalista com os objetivos do Direito Penal, vale conferir com mais cuidado o significado de alguns dos citados princípios, notadamente pelas suas consequências na moderna teoria do delito.

1.1.1. Princípio da intervenção mínima

Diante das finalidades do Direito Penal, o princípio da intervenção mínima se revela vetor fundamental no âmbito da teoria geral do direito penal, pois dele decorre que a atuação do Estado por meio da sanção penal, *ultima ratio* do sistema, somente deve ocorrer quando os outros ramos do direito não forem capazes de, por si só, coibir a conduta que se pretende evitar.

Mais que isso, a intervenção penal somente se mostra legítima quando disser respeito à proteção de bens jurídicos indispensáveis à convivência social, que sejam fundamentais ao indivíduo ou à sociedade. Por certo, a sanção penal sempre impõe diversas limitações aos direitos individuais do ser humano, de modo que o uso do poder punitivo deve ficar limitado à efetiva necessidade de se conferir máxima proteção aos bens jurídicos mais caros ao convívio coletivo.

Nessa esteira, é possível perceber que além de princípio limitador, o postulado da intervenção mínima é também orientação de política criminal destinada ao legislador.

Não se pode ignorar, contudo, que o desejo de dar solução ao problema da crescente criminalidade muitas vezes leva a sociedade e a mídia a cobrar do Estado a criminalização de certas condutas, ainda que não haja fundamentos de índole criminológica ou de política criminal a embasar a atuação legislativa. Nessas situações, a criminalização se reveste basicamente de caráter simbólico ou promocional, pois o Estado se utiliza das leis penais para a consecução de finalidades exclusivamente populistas, ignorando o princípio da intervenção mínima¹.

De toda forma, a regra é que o direito penal assuma posição minimalista e subsidiária face aos demais ramos do direito. Sua aplicação não se justifica quando

¹ Nesse sentido, conferir CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. Para os autores, “a formação da opinião pública pelos meios massivos de comunicação acerca dos medos, da insegurança e da necessidade de afastá-los por meio da intervenção do sistema punitivo deságua na pressão popular sobre os poderes públicos para que as reformas penais necessárias para fazer frente à ‘cada vez mais aterradora criminalidade’ sejam efetivamente levadas a cabo. [...] Em um contexto tal, o Direito Penal assume [...] um caráter de ‘arma política’, apresentando-se como um instrumento de comunicação, uma vez que ele permite trasladar os problemas e conflitos sociais a um tipo de análise específica que se apoia na função analítica e categorial característica do discurso penal, dado que o cumprimento desta função não requer mais que a demonstração exemplar da atividade da prática legislativa e da justiça penal. [...] A discussão política, mediante a atenção a grupos de interesses, aterrissa no âmbito da legislação. Inclusive os ‘interesses abstratos do próprio Estado’ se encontram nos caminhos da atividade legislativa. Assim, as reformas da criminalização são apreciadas em todos os campos políticos como meio de reafirmação simbólica de valores”. Como exemplo do que aqui se expõe citam o direito penal do inimigo como resposta simbólica à macrocriminalidade.

sanções de ordem civil ou administrativa, por exemplo, que costumam ser menos invasivas da esfera de liberdade do indivíduo, são suficientemente eficazes para conter práticas antissociais e solucionar satisfatoriamente eventuais conflitos.

O ilícito penal diferencia-se, assim, dos ilícitos civis, administrativos, tributários, trabalhistas etc. Nas palavras de Julio e de Renato Mirabete,

“estabelece o legislador, através das figuras penais, quais os ilícitos que devem ser reprimidos através de sanções penais, prevendo-os como ilícitos penais, enquanto os demais estarão sujeitos apenas às sanções civis (indenização, restituição, multa civil, etc.), administrativas (suspensão e demissão de funcionário etc.), tributárias (multa tributária, acréscimos etc.) etc. Estes serão então ilícitos civis, administrativos, tributários etc”².

Desse modo, pode-se dizer que o princípio da intervenção mínima não permite que se utilize o Direito Penal para a consecução de qualquer finalidade.

1.1.2. Princípio da fragmentariedade

A fragmentariedade, por sua vez, é um corolário da intervenção mínima. Nem todos os bens jurídicos são tutelados pelo direito penal e nem todas as ações ilícitas são criminosas. O direito penal protege apenas parte dos bens jurídicos de parte das ações humanas, caracterizando-se pela fragmentariedade.

Em apertada síntese, citando Damásio de Jesus, pode-se dizer que

“o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre eles, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário”³.

Assim, do princípio da fragmentariedade decorre que o Direito Penal não deve se ocupar de tudo que é ilícito ou reprovável.

² In. **Manual de direito penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 85.

³ In. **Direito penal parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 52

1.1.3. Princípio da ofensividade

O princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) determina que o direito penal só deve atuar quando a conduta do agente produza lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido. Assim, esse postulado impõe limites ao âmbito de existência material do crime, pois exige que, no mínimo, se verifique a aptidão da conduta para lesar o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Para alguns autores, como o já referido Damásio de Jesus⁴, o postulado da ofensividade pode ser extraído do art. 98, I, da Constituição, que dispõe sobre a criação pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, de *“juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo”*.

Cezar Roberto Bitencourt afirma, ainda, que o princípio da ofensividade deve ter reflexo em dois planos: no legislativo, exortando ao legislador para que observe,

“na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes”;

e no da interpretação,

“constrangendo o intérprete local a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido”⁵.

Desse modo, tanto no plano normativo abstrato quanto no plano concreto, para que haja delito deve haver ofensa efetiva ou potencial.

1.1.4. Princípio da proporcionalidade das penas

O postulado da proporcionalidade das penas, também conhecido como princípio da proibição do excesso, cujo exame será retomado no Capítulo 3 deste

⁴ Idem.

⁵ In. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 59-60.

trabalho, estabelece que a sanção penal não pode exceder a responsabilidade do autor do fato. Pode-se dizer que a culpabilidade deve ser a medida da pena.

Já em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶ dispunha, no seu art. 8º, que *“a Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”*. No Brasil, o sistema constitucional inaugurado em 1988 recepcionou esse importante princípio em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

No plano da Constituição Federal, pode-se citar o art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, que impõem a aplicação de sanções mais severas a infrações reputadas mais graves, além dos incisos XLVI e XLVII do mesmo art. 5º, que cuidam, respectivamente, da obrigação de individualizar as penas e da proibição de algumas modalidades de sanção. No plano da legislação ordinária, além de outros, o art. 59 do Código Penal, sob a rubrica de *“fixação da pena”*, é também uma evidência do acolhimento do postulado da proporcionalidade das penas no ordenamento jurídico-penal brasileiro⁷.

⁶ Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acessado em: 28.10.2013

⁷ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e a drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

[...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

1.2. Conceitos jurídico-penais relacionados ao princípio da insignificância

1.2.1. Bem jurídico

O conceito de bem jurídico tutelado⁸ é bastante útil para o estudo do princípio da insignificância.

Apesar de ser altamente abstrato, destaca-se por conter uma valoração ética. Diz respeito àquilo que pode proporcionar satisfação ao indivíduo ou à sociedade, devendo, por isso mesmo, ser protegido pelo direito. Em preciosa lição, Claus Roxin define os bens jurídicos como

“circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferença entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário”⁹.

Por sua vez, Luiz Regis Prado afirma que

“o conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Isso porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis imanentes à própria existência humana. [...] O Direito Penal não empresta a sua tutela apenas a interesses materiais, mas também a valores espirituais”¹⁰.

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁸ Não se ignora a existência de oposição, por parte da doutrina especializada, ao conceito de bem jurídico tutelado. Nesse sentido, conferir BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro – I**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Essa controvérsia doutrinária, entretanto, não é o objeto deste trabalho.

⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 18-19.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e a constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 104-105.

Trata-se, portanto, de uma formulação teórica que visa substituir a valoração individual-subjetiva por valores objetivos e universalizáveis em determinado contexto histórico-social.

Não se pode deixar de mencionar, contudo, que o conceito de bem jurídico vem enfrentando forte crise, especialmente pela existência de tipos penais sem bem jurídico aparente ou excessivamente fluidos¹¹, bem como por questões relacionadas à legitimidade democrática da sua construção. Contudo, a compreensão acerca do bem jurídico permanece como fator essencial à teoria do delito fundamentada no desvalor da ação e no desvalor do resultado¹².

1.2.2. Tipicidade

A doutrina compreende a tipicidade como a correspondência entre o comportamento humano ativo ou omissivo, resultado e nexo de causalidade à descrição contida em norma incriminadora¹³.

Frise-se que o conceito de fato típico não se confunde com o de tipicidade. Na linha da definição proposta por Damásio de Jesus, fato típico

“é o fato que se adapta ao modelo legal nos elementos necessários para que se configure a infração penal”

ao passo que a tipicidade seria

“a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”¹⁴.

Desse modo, pode-se dizer que tipicidade é a conformação entre o que há na lei e o que há no mundo.

¹¹ Há quem entenda que o crime de maus tratos contra animais (art. 32 da Lei 9.605/1998) seria exemplo de crime sem bem jurídico aparente. Nesse sentido, conferir BOTTINI, Pierpaolo Cruz e outros. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados**. Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p. 121.

¹² Idem.

¹³ “a tipicidade [...] é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”. MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. **Manual de direito penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 100.

¹⁴ JESUS. Damásio de. **Direito penal parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 300.

No século XIX, a escola naturalista ou causal da ação, de índole positivista, concebeu a tipicidade como aspecto da antijuridicidade objetiva, na sua dimensão formal, ou seja, mera adequação do fato, regido pelas leis da natureza, as quais determinam a relação de causa e efeito, à letra da lei¹⁵. O dolo e a culpa, para os teóricos dessa linha de pensamento, se encontravam no âmbito da culpabilidade, a qual integrava a antijuridicidade no aspecto subjetivo.

Para essa escola, o desvalor do resultado ocupou o espaço de núcleo fundamental do injusto. Os estudiosos vinculados a essa compreensão, como se sabe, ocuparam-se primordialmente do estudo da causação naturalística, buscando compreender os processos de geração dos resultados indesejados, para achar a sua causa criminosa.

Com o advento do neokantismo, no início do século XX, passou-se à compreensão dos institutos jurídico-penais como conceitos valorativos, o que é o grande mérito da escola sul ocidental alemã.

Para essa linha de pensamento, além de violar a norma penal, o comportamento criminoso afronta as normas de valoração socialmente reconhecidas. Essa concepção, apesar das severas críticas a ela dirigidas¹⁶, teve o importante papel de reconhecer no direito penal carga valorativa, o que tornou possível que, posteriormente, se formulasse o conceito de tipicidade material.

As falhas nas teorias já referidas deram suporte ao surgimento do movimento finalista, do qual foi grande expoente Hans Welzel, que procurou transpor o subjetivismo que até então reinava no Direito Penal para construir um modelo mais objetivo.

¹⁵ Idem, p. 270-272.

¹⁶ *“Essa perspectiva produziu uma modificação essencial, [...] possibilitando a compreensão valorativa da causalidade, a introdução de elementos subjetivos no tipo, a atribuição de conteúdo material à antijuridicidade e a elaboração da concepção normativa da culpabilidade. Esse entendimento, no entanto, foi levado a extremos tais que a atribuição de conteúdo valorativo ao Direito Penal derivou de um subjetivismo epistemológico a um relativismo axiológico difíceis de sustentar, porque, mesmo reconhecendo a importância da ruptura com o formalismo e o pragmatismo do pensamento positivista, o método do neokantismo não permitia que o processo de conhecimento das categorias do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – alcançasse resultados estáveis. Em outras palavras, o modelo neokantista não oferecia um conteúdo normativo preciso imprescindível para o alcance da segurança jurídica na aplicação do Direito Penal”*. BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012, p. 115-116. No mesmo sentido, Claus Roxin afirma que *“con todo ello, se introduce valiosos planteamientos para la penetración de las finalidades politicocriminales em el trabajo dogmático, pero también para aquel debilitamiento individual-valorativo del sistema”*. In: **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muños Conde. Barcelona: Bosch, 1972, p.37.

Para Welzel, a teoria causal da ação falhava ao atribuir pouca importância à análise de alguns aspectos da conduta, como a vontade. Com efeito, na concepção clássica causalista, a vontade era mero fator de causalidade do resultado danoso, o qual poderia ser evitado pela criminalização da conduta que, de acordo com as leis da natureza, fosse apta a gerá-lo. Tendo em vista que tanto a ação dolosa quanto a ação culposa produziam no mundo natural o mesmo resultado proibido. Desse modo, para a escola causalista, o que hoje se entende como elemento subjetivo do tipo penal integrava a culpabilidade.

A falta de importância do dolo e da culpa, relegados ao campo da culpabilidade, gerou perplexidade a estudiosos da escola finalista. Na visão de Welzel, esse entendimento do causalismo estava incorreto.

Para o autor, toda ação visa a uma finalidade que a determina, de modo que a escola causalista falhou ao dar pouca relevância ao dolo e a culpa. Compreender a vontade como mera imagem da causação na consciência do indivíduo era atribuir à finalidade perseguida pela atuação do agente menor importância do que ela merece.

Dolo e culpa, para o finalismo, deveriam ser compreendidos como elementos subjetivos da tipicidade.

“Quando a decisão do fato é executada de maneira completa, até seu final, estamos diante do fato consumado. Aqui, todo o fato não é somente desejado com dolo, mas também realizado com dolo. O dolo é, em toda a sua extensão, um elemento finalista da ação. [...] Essa função finalista-objetiva do topo para o fato, é sempre presumida no direito penal, quando se define o dolo como consciência do fato e respectiva decisão. Com esta função o dolo pertence à ação, porque distingue a estrutura finalista das ações típicas dolosas, da estrutura somente causal de produção das ações típicas culposas. Dolo é conhecimento e querer a concretização do tipo”¹⁷.

A partir daí, a escola finalista da ação procurou distinguir o desvalor da ação dolosa do desvalor da ação culposa. A vontade passou a ser vista como elemento da conduta, de modo que a tipicidade penal adquiriu também uma dimensão subjetiva.

¹⁷ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003, p. 119-120.

No finalismo, o foco do injusto se deslocou do campo do resultado para o campo da ação. O aspecto subjetivo da conduta criminosa, dolo ou culpa, passaram a ser fatores relevantes para a própria caracterização da ação ou da omissão socialmente reprovada, atribuindo-se ao dolo maior grau de reprovação. Assim, a diferença entre o que é mais ou menos valioso para o direito estaria, para essa escola, na conduta do agente, e não mais no resultado por ela gerado.

Desse modo, o finalismo colocou o desvalor da ação no patamar de núcleo fundamental do injusto, o que afetou o papel do resultado diante dos demais elementos do fato típico,

“a ponto de alguns autores reconhecerem que a proteção de bens jurídicos não seria tarefa imediata e direta do direito penal, cuja função central seria apenas cuidar da formação ético-social dos cidadãos”¹⁸.

Entretanto, apesar dos significativos avanços que essas escolas significaram na teoria do delito, os seus conceitos, excessivamente formalistas, não foram suficientes para o tratamento de casos que envolvessem questões axiológicas próprias do século XX, fator que levou à crise da dogmática tradicional e ao surgimento do funcionalismo penal.

1.3. Crise da dogmática

Como já salientado, a dogmática surgiu com o objetivo de criar mecanismos capazes de conter o abuso do poder punitivo do Estado, através de conceitos que definissem quando um comportamento poderia ser considerado crime. Conceber requisitos formais de aplicação da lei penal significou exigir maior racionalização do poder, limitando-se o arbítrio nas punições.

Ainda que tenha havido divergências internas na dogmática penal com o surgimento de diversas escolas de pensamento, como a escola causal da ação, o neokantismo e a finalismo, entre outras, a tarefa dos penalistas sempre esteve voltada à busca de mecanismos capazes de garantir racionalidade e isonomia à jurisdição penal.

¹⁸ BOTTINI. Pierpaolo Cruz e outros. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados**. Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p. 121.

Yuri Corrêa da Luz, em artigo publicado na Revista Direito GV observa que

“ao longo de séculos, ainda que se disputasse o conteúdo de categorias como ‘tipicidade’, ‘antijuridicidade’ e ‘culpabilidade’, tratou-se, exclusivamente, de se construir um sistema fechado, capaz de garantir aos aplicadores do Direito Penal uma avaliação ‘puramente jurídica’ dos fenômenos do crime e da pena. Somente desse modo, afirmavam os penalistas, estaria garantida a igualdade formal na aplicação da lei, e o afastamento do arbítrio no uso do poder punitivo”¹⁹.

Contudo, o fato é que os conceitos da dogmática clássica foram se tornando cada vez mais sofisticados. Nas últimas décadas, o movimento conhecido como funcionalismo penal, embora bastante heterogêneo em si, observou que o sistema fechado que fora construído até então pela dogmática tradicional vinha gerando, por vezes, o distanciamento entre questões de política criminal, de valoração e da finalidade de se garantir segurança jurídica e homogeneidade na aplicação da lei, e a realidade que advinha da adoção prática das definições hermeticamente fechadas da teoria do delito formulada até então.

Afirma Santiago Mir Puig:

“um dos aspectos mais criticáveis da fundamentação tradicional da teoria do delito, fortemente positivista, é o propósito de apresentar todos os seus conceitos não como disponíveis valorativamente, mas como exigências sistemáticas. Deve-se rejeitar esta posição, que encobre autênticas decisões valorativas mediante um emaranhado conceitual aparentemente asséptico e neutro. A grande maioria dos conceitos que integram a teoria do delito é intensamente valorativa, e se isso é ocultado torna-se inacessível o seu sentido. O neokantismo chamou a atenção para a dimensão valorativa das categorias da teoria do delito, mas não para o seu significado político. Desde os anos 70 reconhece-se que a construção teórica do delito deve partir da função político-criminal do Direito penal (funcionalismo)”²⁰.

O sistema dogmático, limitado à precisão conceitual, não se mostrou capaz de criticar-se a si, pois se centrou apenas em abstrair as particularidades de cada caso e criar regras gerais em nome da contenção do poder punitivo. Isso gerou

¹⁹ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática**. Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 203-233.

²⁰ In. **Direito penal fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 113.

distorções entre essa finalidade do Direito Penal e o resultado efetivamente alcançado pela teoria construída²¹.

1.4. Funcionalismo penal

A partir dessa constatação, a busca de uma compreensão substancial do delito surge como preocupação teórica urgente, em detrimento do conceito excessivamente formalista de crime, de modo que os esforços do movimento funcionalista caminham no sentido de incrementar a teoria do delito para que o Direito Penal possa conduzir à aplicação equitativa e materialmente justa das leis, sem que, por outro lado, se prejudique a segurança e a igualdade.

Desse modo, desde a segunda metade do século XX, especialmente a partir dos anos 70, o Direito Penal tem se voltado para questões de ordem eminente pragmática, bem como para a discussão em torno do dever ser da justiça, do papel da pena, da sua necessidade e da adequação das formas de intervenção do direito penal na sociedade.

Questões conceituais em torno das categorias de bem jurídico, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, desvalor da ação e desvalor do resultado passaram a ser rediscutidas, dessa vez nas molduras da visão substancial do delito. Também novas teorias, como a teoria da adequação social formulada por Welzel, encontraram terreno fértil no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial.

1.5. A doutrina moderna e o conceito de tipicidade

Apesar dos avanços empreendidos ao longo dos séculos, as teorias da ação não se mostram capazes de satisfazer a exigência de mínima intervenção do direito

²¹ Para maior aprofundamento sobre a crise da dogmática, ver JUNIOR, Lúcio Antônio Chamon. **Do giro finalista ao funcionalismo penal embates de perspectivas dogmáticas decadentes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2004. O autor afirma que “a decadência instaurada em sede da Dogmática não diz respeito à [...] falta de unidade – ou mesmo unicidade – na compreensão do Direito Penal: antes, tal decadência é algo mais profundo, bem mais estrutural e, por isso mesmo mais difícil sua constatação. [...] Seja em razão de uma insuficiência estrutural do conceito analítico, seja pelas dificuldades de operacionalização [...] a necessidade de se repensar tais categoriais se faz urgente: afinal somente quando nos preocupamos com a efetiva tutela de direitos fundamentais e quando, para tanto, entendemos a legitimidade e o operar do Direito é que podemos pretender tal tarefa”..p. 98-99.

penal, pois a tipicidade sempre permaneceu como simples juízo de subsunção formal. As três escolas examinadas deixaram marcas visíveis no processo histórico de construção do conceito de tipicidade. Contudo, nenhuma delas esteve acima das severas críticas.

Acerca do causalismo e do finalismo, Luiz Flávio Gomes afirma que

“a maior crítica que se pode formular contra essas duas concepções do fato típico consiste no seu (exagerado) formalismo. O juízo de tipicidade penal contentava-se com a mera subsunção do fato à letra da lei. Confundia-se tipicidade legal com tipicidade penal. Tanto o causalismo como o finalismo não conseguiu *[sic]* superar o positivismo jurídico formalista (de Binding e de Rocco). Ignoraram (quase que) por completo o bem jurídico protegido, assim como sua dimensão ofensiva. [...] Confundiam violação da norma primária imperativa com violação da norma primária valorativa. Aliás, abandonaram quase que inteiramente esse último aspecto da norma penal. Nem cuidaram da necessária ofensa ao bem jurídico nem tampouco *[sic]* da imputação objetiva desse resultado ao seu agente. Centralizaram suas atenções na causação”²².

Diante dessa insuficiência, a doutrina mais moderna desenvolveu o conceito de tipicidade material, retomando, sob outra conformação, a questão da valoração na norma penal.

Sobre o tema, Francisco de Assis Toledo, afirma que

“a noção de tipo, como um dos elementos estruturais do conceito de crime – não o crime na sua totalidade – se deve a Beling (*Die Lehre von Verbrechen*, 1906) que a concebeu, inicialmente, como pura descrição objetiva, algo desprovida de valoração. Dessa concepção inicial, evoluiu-se, através dos anos, para uma concepção material que vê no tipo uma dupla ordem de valoração. A primeira consiste no juízo de desvalor ético-social que está na origem da própria elaboração do tipo. A segunda está na carga valorativa contida no tipo, que permite a este último desempenhar importante função seletiva sobre as mais variadas formas de comportamento humano, com isso estabelecendo a grande linha divisória entre o que é permitido e o que não o é, na esfera do direito penal. O legislador

²² GOMES, Luiz Flávio. **Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8383/tipicidade-penal-tipicidade-formal-ou-objetiva-tipicidade-material-ou-normativa-tipicidade-subjetiva>> Acessado em: 30.10.2013

seleciona os tipos, transformando-os, com a edição das leis penais, em tipos legais de crime; estes últimos selecionam as condutas humanas, transformando-as em fatos típicos penais e em fatos atípicos penais. [...] Atribui-se ao tipo um conteúdo material”²³.

A questão da tipicidade, hoje, vai além da mera subsunção do fato à descrição normativa.

Com efeito, a exigência de que haja, na situação examinada pelo intérprete, tipicidade material, além da formal, tem o condão de excluir do tipo penal as ações ou resultados socialmente toleráveis, que estão dentro do espectro de liberdade de atuação do indivíduo, ainda que ilícitos sob a ótica de outros ramos do direito. O ilícito penal pressupõe que aos elementos primordiais do fato típico, ação e resultado, se atribua excessivo desvalor.

A consequência legislativa da concepção de tipicidade material é que a escolha dos bens protegidos pelo direito penal deve se pautar tanto pelo critério de desvalor da ação quanto pelo de desvalor do resultado.

Hoje, pode-se dizer que ação e resultado, ainda que apenas normativo, como no caso dos crimes tentados, são elementos igualmente importantes dentro do tipo penal. A caracterização do tipo passa pela análise meticulosa desses dois aspectos, buscando-se verificar a existência de excessiva valoração negativa da ação e/ou do resultado.

Registre-se, ainda, que a tipicidade material comporta também considerações a respeito da teoria da tipicidade conglobante, segundo a qual a constatação da valoração negativa da conduta ou do resultado no caso concreto deve também ser antecedida da verificação de existência no ordenamento de outra norma que estimula, permite ou ordena aquela atuação. Uma norma penal não pode criminalizar aquilo que outra norma considera lícito.

“Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito

²³ In. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 127-128.

do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso [...] do oficial de justiça, que se adequa ao ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’ (art. 155, *caput*, do CP), mas que não é alcançada pela proibição do ‘não furtarás’²⁴.

1.6. Teoria da adequação social

Ainda no exame dos contornos mais modernos da teoria geral do delito, além do conceito de tipicidade material, merece destaque a teoria da adequação social, cuja aceitação se deve também a Welzel. A teoria da adequação social confere referenciabilidade social à teoria do delito²⁵.

Segundo a teoria da adequação social, há justificativas sociais para que algumas condutas toleradas e por vezes estimuladas pela cultura, pelos costumes e pelas tradições permaneçam fora do âmbito de proteção das normas penais. Encaixam-se na teoria da adequação social os fatos aceitos pela sociedade, que não os têm por contrários à norma jurídica.

Como exemplo, pode-se citar a perfuração das orelhas das meninas recém-nascidas. Tal prática, sem sobra de dúvida, se adequa formalmente à previsão do art. 129 do Código Penal Brasileiro²⁶. Contudo, faz parte da cultura das mais diversas camadas sociais e é amplamente tolerada, o que justifica o entendimento no sentido de que essa conduta não estaria no rol dos comportamentos repelidos pela norma penal.

²⁴ ZAFFARONI Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, v. 1, p. 400.

²⁵ “O conceito de adequação social, como bem anotado por Luís Greco, foi introduzido por Welzel após uma crítica ao dogma causal, à ideia da lesão ao bem jurídico e à absolutização do desvalor do resultado. Segundo o autor alemão, a teoria da lesão ao bem jurídico repousa sobre um erro crasso, qual seja, isolar o bem jurídico da realidade social, afastá-lo da vida, e posicioná-lo num mundo estático, de modo análogo às peças de um museu, que são cuidadosamente protegidas de influências lesivas em vitrines, só expostas aos olhares dos espectadores. Todavia, o bem jurídico só existe na realidade social, na medida em que ele está ‘em função’ (vida, integridade física, propriedade, etc. não possuem uma simples existência, mas o seu existir é estar-em função). Assim, aqueles comportamentos que, a despeito de causais para a afetação de um bem jurídico, realizem a verdadeira vocação deste (a sua função na vida social), não poderão ser consideradas típicas, uma vez que socialmente adequadas”. REIS, André Wagner Melgaço. **O princípio da adequação social no direito penal**. Revista de estudos criminais, ano VII, n. 27, 2007.

²⁶ Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

[...]

Nessa ótica, as condutas socialmente adequadas são aquelas que se mantêm dentro do espectro da liberdade de atuação lícita e socialmente tolerada, ainda que não sejam tidas por exemplares.

Na doutrina de Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli,

“a partir da premissa de que o direito penal somente tipifica condutas que têm certa ‘relevância social’, posto que do contrário não poderiam ser delitos, deduz-se, como consequência, que há condutas que, por sua ‘adequação social’, não podem ser consideradas como tal (Welzel). Esta é a essência da chamada teoria da ‘adequação social da conduta’: as condutas que se consideram ‘socialmente adequadas’ não podem ser delitos, e, portanto, devem ser excluídas do âmbito da tipicidade”²⁷.

A adequação social reveste-se, portanto, do caráter de princípio interpretativo da proibição penal. O intérprete, ao se deparar com comportamentos formalmente típicos, deve se nortear também pela verificação da adequação social da conduta, afastando a tipicidade material caso constate a congruência entre o comportamento do agente e a tradição, a cultura ou os costumes da sociedade em que inserido, que sequer cogita da criminalização do procedimento examinado.

Cabe assinalar, ainda, que a teoria da adequação social não se confunde com a teoria do risco no que tange ao risco permitido²⁸. A adequação social do comportamento se verifica pela análise teleológica do tipo, ao passo que o risco permitido se explica pela impossibilidade de imputação de um resultado a título de dolo ou culpa.

Tanto o surgimento do conceito de tipicidade material, ao qual se associa tradicionalmente o princípio da insignificância, quanto da teoria da adequação social revelam, como já dito, a preocupação da doutrina em restringir o âmbito de

²⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, v. 1, p. 489.

²⁸ “A imputação objetiva consiste em um juízo axiológico (verdadeiramente valorativo) de condutas com consequências socialmente danosas [...]. Refere-se tanto aos crimes dolosos quanto aos culposos, haja vista a presença, no conceito jurídico-penal de causalidade, de conteúdos ontológicos (pois se dá em face do ser) e normativos (relacionados àquilo que se admite e se proíbe, derivando daí a distinção entre as normas), imprescindíveis à compreensão do que vem a ser um risco permitido/proibido e sua relevância em cada caso”. AMORIM, Tathiana de Melo Lessa; SOUZA, Ricardo Antonio de. **Delineamentos sobre o risco permitido e a adequação social**. Revista jurídica Consulex, ano XII, n. 276, 15.7.2008, p. 57-58. Para os autores, a questão da adequação social encontra-se no contexto da imputação objetiva, mas é dela distinta.

incidência do direito penal, conferindo-lhe maior racionalidade e efetivando o postulado da intervenção mínima²⁹.

1.7. Surgimento do princípio da insignificância

Os postulados sinteticamente apresentados, assim como o contexto funcionalista do final do século XX criaram condições para o surgimento do princípio da insignificância.

Para alguns autores, o princípio da insignificância já vigorava no Direito Romano através do brocardo *minima non curat praetor*. De fato, a ideia geral que emana do postulado da insignificância tem sua origem remota na Roma antiga, onde aquilo que era de mínima relevância não carecia de julgamento e não merecia a atenção do pretor³⁰.

Contudo, se a antiga máxima latina orientava de forma genérica a atividade do julgador, não se destinava especificamente às questões de Direito Penal, tendo a questão da irrelevância dos comportamentos insignificantes se difundido no universo jurídico. Hoje, é aceita em diversos ramos do direito.

Exemplificando, o art. 659, § 2º, do Código de Processo Civil, que trata da penhora inútil, preceitua que “*não se levará a efeito a penhora, quando evidente que*

²⁹ Sobre o tema, assinala Roxin que “*un análisis completo de la evolución jurisprudencial podría poner de relieve que nuestros Tribunales, para garantizar una protección regida por este principio, lo más amplia posible y sin lagunas, han procedido a una interpretación extensiva del tipo, que en gran manera ha ayudado al aumento de la criminalidad en algunos delitos. Bajo el prisma del principio nullum crimen es precisamente lo contrario lo justo: es decir, una interpretación restrictiva que actualice la función de magna carta del Derecho penal y su ‘natureza fragmentaria’ y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico. Para ello hacen falta principios como el, introducido por Welzel, de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles. A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como ‘fuerza’ debe considerarse únicamente obstáculo de cierta importancia, igualmente también la amenaza debe ser ‘sensible’ para pasar el umbral de la criminalidad. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país*”. In: **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muños Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

³⁰ FILHO, Diomar Ackel. **O princípio da insignificância no direito penal**. Lex coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo: Lex editora, v.94, 1988, p.72-77. DALBORA, José Luis Guzmán. **La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico**. Revista brasileira de ciências criminais, n. 14, abri./jun. 1996, p.41-82.

o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”.

Já no direito tributário, o art. 20 da Lei 10.522/02, que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, determina que *“serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”*³¹.

Na esfera penal, o princípio foi cunhado por Roxin³² e a sua aplicação será examinada no decorrer deste trabalho.

1.8. Inevitáveis questões pragmáticas no direito brasileiro

Paralelamente às questões doutrinárias apresentadas, é inegável que razões práticas de política criminal também foram responsáveis pelo resgate da ideia de insignificância pelos tribunais brasileiros nos últimos anos na seara do direito penal.

A superlotação das penitenciárias, decorrente, em grande parte, da privação de liberdade de indivíduos que cometem pequenos delitos, bem como a má qualidade da infraestrutura nelas empregada, bem como os questionamentos quanto aos benefícios e prejuízos do encarceramento, tanto na esfera individual quanto na coletiva, foram, sem dúvida, importantes motivos para a ampla utilização do critério da insignificância no Brasil.

³¹ A Portaria n. 75/2012, do Ministério da Fazenda, dispõe no seguinte sentido, aumentando o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais):

“O MINISTRO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o parágrafo único, inciso II, do art. 87 da Constituição da República Federativa do Brasil e tendo em vista o disposto no art. 5º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977; no parágrafo único do art. 65 da Lei n. 7.799, de 10 de julho de 1989; no § 1º do art. 18 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002; no art. 68 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e no art. 54 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, resolve:

Art. 1º. Determinar:

[...]

II – o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)”. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm>>

Acessado em: 02.11.2013.

³² ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muños Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

Para se ter uma ideia do crescimento do número de presos no país na última década, a população carcerária total no ano de 2002 era de 239.345 indivíduos, contabilizando-se tanto os presos provisórios quanto os já condenados. Já em dezembro de 2012, o número de presos ultrapassava a marca do meio milhão de pessoas, chegando a exatos 548.003 presos. O aumento da população carcerária no período correspondeu a mais de 120%³³.

Diante desse quadro de encarceramento crescente e dos graves problemas estruturais do sistema penitenciário nacional e da necessidade de uma política criminal que evite, quando possível, a pena privativa de liberdade, a discussão em torno da insignificância vem ganhando cada vez mais espaço nos tribunais.

Pode-se dizer que a aplicação judicial do princípio da insignificância no Brasil

“não parece ter lastro em uma reflexão dogmática sobre os contornos da tipicidade material, mas se escora em razões distintas e mais pragmáticas: a crise de superlotação penitenciária e uma demanda político criminal de evitar o encarceramento de pessoas que praticaram delitos patrimoniais de pequena monta, em face dos efeitos prejudiciais oriundos desse período de privação de liberdade, em especial a contribuição do ambiente carcerário para a marginalização do detento e seu direcionamento para a prática de delitos mais graves”³⁴.

O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a relevância dessas questões pragmáticas para a incidência do postulado da insignificância no Brasil. Os seguintes excertos, que constam, respectivamente, das ementas dos acórdãos lavrados nos julgamentos do HC 96.412/SP³⁵ e do HC 97.220/MG³⁶, deixam bem claro que a Corte não ficou alheia à realidade concreta do sistema carcerário e da justiça penal:

³³ Dados coletados no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, disponíveis em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acessado em: 28.10.2013

³⁴ BOTTINI. Pierpaolo Cruz e outros. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados**. Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p. 123.

³⁵ Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 18.3.2011

³⁶ Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 26.8.2011

“Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral”.

“Tal forma de interpretação visa, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que se deve ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral”³⁷.

1.9. Objeções à adoção do princípio da insignificância

Conforme já mencionado, o sentido geral do postulado da insignificância tem sua origem na máxima romana *mínima non curat praetor*. Já na Antiguidade havia a percepção de que a justiça não deve se ocupar de questões irrelevantes.

Contudo, a história da utilização do poder punitivo do Estado permite verificar que a racionalização das punições foi objeto de maior preocupação dos estudiosos e da sociedade em geral nos séculos XVII e seguintes, podendo-se falar propriamente em Direito Penal somente após o movimento Iluminista. Desse modo, não faz sentido atribuir aos romanos a origem do princípio da insignificância na esfera penal, mas apenas a sua origem remota e genérica.

A partir da crítica funcionalista, a proposta de se resgatar a máxima romana para corrigir os problemas decorrentes do excessivo formalismo é certamente bastante sedutora. Contudo, alguns aspectos em torno desse princípio geraram preocupação na doutrina, ao ponto de alguns estudiosos rejeitarem a sua utilização. Interessante examinar as objeções que foram opostas ao postulado, embora a controvérsia possa ser dada como superada no país.

A polêmica acerca da admissibilidade do critério interpretativo em comento dizia respeito, basicamente, (i) à sua indeterminação conceitual, (ii) à existência de

³⁷ Nesse sentido conferir também: HC 94.058/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 18.9.2009; HC 99.594/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 29.3.2011; HC 100.177/PR, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 20.8.2010; HC 104.407/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 05.12.2011; HC 104.787/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 18.02.2011.

previsão legal de tipos privilegiados, contravenções penais e infrações penais de menor potencial ofensivo, (iii) à dificuldade de valoração da ofensa nos delitos não materiais, (iv) à ausência de previsão legal e (v) à sensação de ausência de direito e de tutela jurídica.

No que tange à indeterminação conceitual, dizia-se que o princípio da insignificância poderia colocar em risco a segurança jurídica que deve ser proporcionada pelo Direito. Segundo Carlos Vico Mañas, esse fenômeno é o mesmo que ocorreu nos países que adotavam o regime socialista no que tange ao conceito de periculosidade social da ação.

Contudo, mesmo que muitas questões acerca do tema ainda mereçam melhor tratamento e definição, o Poder Judiciário e a doutrina vêm conseguindo enfrentar paulatinamente a indeterminação conceitual da insignificância e estabelecer alguns critérios razoáveis para a sua aplicação.

Também a existência de previsão legal de tipos privilegiados, contravenções penais e infrações de menor potencial ofensivo foi utilizada como objeção ao princípio da insignificância que, na ótica de alguns autores, não poderia ser acolhido em países que adotam esse tipo de previsão legal, sob pena de se ofender a legalidade em matéria criminal. Entretanto, esse raciocínio não se sustenta tendo em vista que, ao se deparar com o caso concreto, o intérprete pode reconhecer que, de tão ínfima, a infração não se subsume sequer aos tipos penais dessa natureza.

A dificuldade de valoração da ofensa no caso dos delitos de natureza não patrimonial também não justifica o afastamento apriorístico do postulado. Isso porque tal entendimento considera tão-somente o desvalor do resultado na configuração do delito insignificante, esquecendo-se que o ínfimo desvalor da ação também pode ser levado em conta para efeitos de descriminalização interpretativa. É o que se verifica nos crimes de perigo abstrato, por exemplo.

Da mesma forma, houve quem defendesse que a ausência de previsão legal do princípio da insignificância pudesse afastar a sua utilização. De fato, no Brasil, apenas o Código Penal Militar faz referência a situações em que é possível considerar a infração como disciplinar, o que indica a adoção, pelo Código, do princípio da insignificância³⁸. Contudo, na linha do magistério de Carlos Vico Mañas

³⁸ *Lesão leve*

*Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
Pena – detenção, de três meses a um ano.*

“a norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal. É o mesmo que se dá com as chamadas causas supralegais de exclusão da ilicitude (p. ex., o consentimento do ofendido)”³⁹.

O argumento de que a aplicação concreta do princípio da insignificância gera na sociedade a sensação de ausência de direito e de proteção jurídica também não se sustenta, pois o postulado não se destina necessariamente a tornar lícitas as condutas insignificantes. O objetivo é apenas retirar da esfera do direito penal aquilo que retire dele o seu caráter subsidiário, transferindo para outros ramos do direito a questão da ilicitude⁴⁰.

1.10. Observação final

Ainda que tenha havido, em parcela minoritária da doutrina, alguma oposição à adoção do princípio da insignificância, a inquietação majoritária gira em torno não do seu reconhecimento ou da sua aplicabilidade, mas sim da melhor forma de emprega-lo na prática. Dar ao postulado tratamento mais sistemático e não puramente político, buscando-se critérios claros para a sua utilização prática parece ser a melhor saída para a dicotomia entre o necessário formalismo do direito penal e os problemas decorrentes do seu excesso no que tange aos crimes de bagatela.

[...]

Lesão levíssima

§ 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

Furto simples

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno valor o que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do País.

³⁹ In. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67.

⁴⁰ As referidas objeções ao princípio da insignificância foram examinadas com base em MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59-70.

2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A forma de aplicação do princípio da insignificância é, conforme dito, o cerne das preocupações com o postulado, sendo cinco as principais linhas de raciocínio quanto ao tema a serem analisadas. A exposição da questão tomará como base as considerações propostas por Yuri Corrêa da Luz, em já citado artigo publicado na Revista Direito GV⁴¹.

2.1. Como corretivo de política-criminal

A primeira possibilidade é a de se conceber o princípio da insignificância como um corretivo de ordem exclusivamente político-criminal. Significa dizer que, diante da infração de bagatela, o intérprete poderia simplesmente deixar de aplicar o direito penal, afastando o tecnicismo jurídico para não atribuir injustamente responsabilidades penais a casos de inexpressiva relevância social.

Não parece ser essa a melhor opção, pois o simples afastamento corretivo da lei no caso concreto certamente levaria ao casuísmo e ao subjetivismo, colocando-se em risco todo o avanço realizado nos últimos séculos afetos à segurança jurídica no que tange às questões criminais. Conceber o postulado como mero corretivo político criminal sem sistematizar racionalmente as condições para a sua incidência e os pressupostos de sua aplicação não é uma solução razoável.

Com efeito, frouxidão que decorre da compreensão da insignificância como mero corretivo político-criminal leva a consequências inaceitáveis sob o ponto de vista da coerência sistêmica do direito penal enquanto ramo do direito destinado a proteger os bem jurídicos mais valiosos para a sociedade, a resguardar a liberdade do cidadão e a garantir a isonomia, objetivos que só podem ser alcançados quando se privilegia a segurança nas relações Estado-acusado.

⁴¹ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 203-233.

2.2. Como questão de direito material

Outra possibilidade seria compreender a insignificância como uma questão de direito material. Nessa linha de raciocínio, a insignificância teria o condão de afastar algum dos elementos do conceito analítico de crime. Tratar-se-ia, portanto, de uma causa excludente de culpabilidade do agente, de tipicidade ou de antijuridicidade da conduta.

2.2.1. Insignificância como causa exculpante

Em linhas gerais, na análise da culpabilidade, o intérprete realiza o juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato respondendo às indagações fundamentais quanto à imputabilidade, ao dever e à condição do agente de proceder de acordo com a norma. Sem adentrar em discussões mais densas a respeito da culpabilidade, pode-se dizer que seus elementos essenciais são a imputabilidade ou capacidade de culpa, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude. Trata-se da teoria limitada da culpabilidade, que deriva da teoria normativa pura da culpabilidade⁴².

Diante da infração insignificante, realizar-se-ia o exame da reprovabilidade pessoal do autor pelo fato praticado, excluindo-a diante da inexpressividade da lesão para fins penais.

Contudo, a utilização do critério da insignificância como causa exculpante tem como desvantagem o perigo de se cair em um direito penal do autor, e não do fato. Sendo assim, considerando-se a delicadeza do tema, o estudo mais detalhado da questão referente reprovação e à insignificância será retomada mais adiante, no capítulo 3 deste trabalho.

⁴² A respeito da teoria pura da culpabilidade, da qual a teoria limitada se diferencia apenas em questões relativas ao erro de tipo e ao erro de proibição, Fernando Capez ensina: “*em vez de imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta diversa, a teoria normativa pura exigiu apenas imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, deslocando dolo e culpa para a conduta. O dolo que foi transferido para o fato típico não é, no entanto, normativo, mas o natural, composto apenas de consciência e vontade. A consciência da ilicitude destacou-se do dolo e passou a constituir elemento autônomo, integrante da culpabilidade, não mais, porém, como consciência atual, mas possibilidade de conhecimento do injusto*”. In: **Curso de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009, p. 309.

2.2.2. Insignificância como causa atipificante

É possível também enxergar a insignificância como causa atipificante, ou seja, apta a retirar da conduta do agente o atributo da tipicidade. Sem sombra de dúvidas, é essa a teoria mais aceita no Brasil sobre o tema tanto na jurisprudência quanto na doutrina.

Afirma-se que a imperfeição da atividade legislativa de definição dos tipos, abstrata por natureza, conduz à tipificação formal de comportamentos que deveriam ser excluídos do tipo, tendo em vista que não se amoldariam à exigência do elemento material da tipicidade, que demanda efetivos prejuízo ou perigo de dano ao bem jurídico protegido.

Exemplificando, seria possível dizer que, ao tipificar o crime de inundação, previsto no art. 254 do Código Penal⁴³, o legislador certamente não incluiu na proibição a conduta de alguém que derrama um copo d'água durante inundação praticada por outrem. Essa conduta jamais poderia lhe ser imputada a título de participação no crime. Com os trabalhos do funcionalismo, a valoração ínsita ao tipo penal visto sob a moderna ótica normativo-valorativa impõe que se afaste, de plano, a tipicidade material em casos como esse, nos quais em que evidentemente não foi o comportamento concretamente examinado que o legislador quis evitar.

Como não faria sentido exigir do legislador que previsse exhaustivamente todas as hipóteses de ação e de omissão realizáveis no mundo dos fatos, o intérprete se utilizaria da insignificância para implementar verdadeira descriminalização interpretativa, afastando a tipicidade no caso concreto, sem a qual não se cogita de evento criminoso.

Na doutrina, colhe-se do magistério de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes explicação bastante didática que, apesar de ser referir à aplicação do princípio da insignificância na Alemanha, também esclarece o fenômeno no Brasil:

“embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso

⁴³ *Inundação*

Art. 254. Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão, de três a seis anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de seis meses a dois anos, no caso de culpa.

concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão porque alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito da proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância. A solução através do recurso à atipicidade quando a lesão ao bem jurídico tenha sido irrelevante é a predominante na Alemanha”⁴⁴.

Logo se vê que compreender o critério da insignificância como causa atipificante tem o grande mérito de não levar em consideração questões pessoais afetas ao autor do fato, o que contribui para a construção de um direito penal do fato e não do autor.

Seguindo essa tendência, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n. 524, de 2006, de autoria do Deputado Carlos Souza, que visa acrescentar ao art. 5º da Constituição inciso segundo o qual “*não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante*”⁴⁵.

2.2.3. Insignificância como causa justificante

Outra forma de se conceber o princípio da insignificância seria como cláusula justificante supralegal. Em outras palavras, seria um postulado apto a excluir a antijuridicidade da conduta do agente.

Com efeito, o juízo de antijuridicidade visa verificar se o fato típico está acobertado por alguma circunstância que o justifica, como o estado de necessidade,

⁴⁴ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 117-118.

⁴⁵ Texto da Proposta disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=382516&filename=Tramitacao-PEC+524/2006> Acessado em: 27.10.2013.

a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de um direito, situações previstas no art. 23 do Código Penal⁴⁶.

Examinando as hipóteses legisladas de causas justificantes, resta evidente que elas viabilizam que se realize uma ponderação entre bens jurídicos envolvidos no caso concreto, confrontando-se a relevância do bem jurídico tutelado pelo tipo penal com a do bem jurídico que aquele que pratica a ação típica protege por meio de sua conduta. Desse modo, as causas de exclusão da antijuridicidade justificam a atuação do agente a qual, mesmo típica, será compatível com o princípio da legalidade.

Entretanto, essa concepção de princípio da insignificância gera perigosas consequências para fora do direito penal, as quais não podem passar despercebidas. Isso porque a questão da antijuridicidade diz respeito ao direito como um todo, de modo que as causas justificantes não deixam de ser verdadeiras circunstâncias permissivas da conduta do agente, e que operam o efeito de torná-la lícita.

Esse resultado da justificação pode ser depreendido da simples leitura do art. 65 do Código de Processo Penal, segundo o qual *“faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”*. A justificação, portanto, tem o condão de tornar o comportamento legal, correto, adequado e irrepreensível perante todo o ordenamento.

Sobre as causas de justificação, afirma Cezar Roberto Bitencourt:

“a sistematização das causas de justificação tem como fundamento material a necessidade de solucionar situações de conflito entre o bem jurídico atacado pela conduta típica e outros interesses que o ordenamento jurídico também considera valiosos e dignos de proteção. A importância prática das causas de justificação pode ser apreciada em razão dos efeitos que produz. Como adverte Muños Conde, ‘as causas de justificação não somente impedem a imposição de pena ao

⁴⁶ *Exclusão da ilicitude*

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

[...]

autor do fato típico, mas converte esse fato em algo lícito, com todas as suas consequências”⁴⁷.

Certamente a aprovação da conduta nos âmbitos civil, administrativo, tributário, trabalhista, ambiental etc., não é o que se busca com a descriminalização interpretativa pelo parâmetro da insignificância, a qual visa tão-somente tornar efetiva a intervenção mínima do direito penal.

Um dano causado com culpa, por exemplo, não é típico, mas pode ser ilícito e gerar a necessidade de que se proceda à reparação civil. Já um dano doloso praticado em legítima defesa, porque excluída a sua antijuridicidade, não poderia gerar consequências na esfera cível.

Diante das graves consequências das causas justificantes, que operam seus efeitos em todos os ramos do direito, parece razoável afastar o estudo da insignificância da esfera da antijuridicidade, restando mais sensata a sua análise nas áreas da culpabilidade e da tipicidade.

2.3. Como questão processual

Resta examinar a possibilidade de se compreender a insignificância como uma questão processual penal. Para os adeptos dessa visão⁴⁸, a repressão da pequena lesão causada pelo autor do dano deveria ceder diante dos custos econômicos e sociais de se movimentar a máquina estatal desde a abertura de inquérito até a conclusão da fase de execução da pena.

A insignificância, portanto, não diria respeito a problemas de ordem material, mas ao princípio da oportunidade, adotado por alguns países como Índia e Alemanha⁴⁹, segundo o qual seria permitido aos órgãos de acusação decidir, em

⁴⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012, p. 395.

⁴⁸ Para maior aprofundamento sobre essa concepção de insignificância, ver BIRALDI, Carlos Ismar. **Teoria da insignificância penal**. ESMAGIS, revista semestral, n.6, fev., 2004. p. 31-47.

⁴⁹ “Assim, cita-se, por exemplo, a previsão do princípio da insignificância constante do § 95 do Código Penal da Índia, segundo o qual ‘nothing is an offence by reason that it causes, or that it is intended to cause, or that it is known to be likely to cause, any harm, if that harm is so slight that no person of ordinary sense and temper would complain of such harm’. Da mesma forma, também prevê o a insignificância como questão processual o § 153 do Código de Processo Penal alemão, para o qual, se estivermos diante de uma mera contravenção, pode o Ministério Público, com a concordância do juízo competente, abdicar da ação penal, sob justificativa de falta de interesse público para processamento do fato”. LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática**. Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 212.

casos específicos e com alguma discricionariedade, propor ou não propor a ação penal eventualmente cabível.

Se, por um lado, essa concepção reconhece que não se deve mover o custoso aparato de repressão penal por qualquer motivo, merece críticas por deixar unicamente nas mãos das instituições acusatórias a decisão acerca da insignificância. Em última análise, isso poderia desaguar na arbitrariedade e no subjetivismo por parte dos acusadores.

No Brasil, a adoção do princípio da insignificância nesses moldes enfrentaria, ainda, outro obstáculo consubstanciado nos princípios da obrigatoriedade⁵⁰ e da indisponibilidade da ação penal pública que, via de regra, só podem ser excepcionados quando não houver tipicidade do fato, quando houver causa de exclusão da antijuridicidade da conduta, ou ainda quando não houver dúvidas quanto à ocorrência de causa de extinção da punibilidade, bem como quando ausentes indícios suficientes da autoria ou da materialidade da infração.

Diante dessas considerações, parece mais adequado, no caso brasileiro, tratar a insignificância e como questão afeta ao direito penal material. Ao afastar os problemas apontados nas concepções da insignificância como questão de política criminal e como questão processual, a abordagem da insignificância no âmbito do direito material tem a vantagem de conferir ao tema maior grau de coerência sistêmica e, conseqüentemente, privilegiar a segurança jurídica.

⁵⁰ Sobre esse princípio, afirma Motauci Ciocchetti de Souza que *“ao acusador público não se devem abrir as portas para a análise da conveniência e da oportunidade na adoção da providência jurisdicional adequada, sob pena do poder-dever de exercício da ação penal tornar-se verdadeiramente arbitrário e de conferir-se ao órgão do Ministério Público a capacidade de dizer – e com color de definitividade ante as regras constantes dos arts. 129, I, da Magna Carta, e 28 do CPP – se a norma jurídica regularmente elaborada pelo Poder Legislativo deverá ser observada no caso concreto. [...] Tendo em conta tutelarem interesses de natureza eminentemente social, a atuação das normas penais ‘é imposta ao Estado não como simples faculdade, mas como obrigação funcional de realizar um dos fins essenciais de sua própria constituição, qual seja, a manutenção e reintegração da ordem jurídica’. Daí surgem os postulados necessários para a identificação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, como consectário lógico do princípio da oficialidade, pois ‘se a aplicação do Direito Penal depende da atuação dos órgãos públicos, devem eles agir inarredavelmente’”*. Cabe registrar, ainda, que esse princípio foi mitigado pela Lei 9.099/95 nas hipóteses por ela reguladas. Quanto a essa questão, prossegue o autor: *“A Lei Federal 9.099/1995, ao instituir os juizados especiais cíveis e criminais, previu, em seu art. 79, a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, mesmo após formada a sua convicção, podendo propor ao autor do fato a transação penal. [...] Em que pese o fato, de ver que a atuação do Ministério Público continua sendo obrigatória, mesmo em sede de Lei dos Juizados Especiais”*. In: **Ministério público e o princípio da obrigatoriedade**. São Paulo: Método, 2007, p. 157-158 e 166-167.

2.4. Princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem entendendo o princípio da insignificância como uma causa atípificante aplicável em momento posterior à constatação da tipicidade formal, no qual se examina se a finalidade protetiva da norma foi afrontada. Presente a tipicidade formal, parte-se para o exame da tipicidade material.

Apesar das críticas⁵¹ que podem ser feitas a esse modelo, o fato é que o Supremo Tribunal Federal (STF) têm adotado claramente esse posicionamento, havendo inúmeros acórdãos nessa direção.

Ilustrativamente, pode-se citar o aresto lavrado pela Primeira Turma do Tribunal no julgamento do HC 97.190/GO⁵², por meio do qual a Corte manteve a condenação de agente criminoso a cinco anos e quatro meses de reclusão pelo roubo qualificado de R\$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos). Confira-se o seguinte trecho da ementa:

“No caso concreto, ainda que o valor subtraído tenha sido pequeno, não há como se aplicar o princípio da insignificância, mormente se se considera que o ato foi praticado pelo paciente mediante grave ameaça e com o concurso de dois adolescentes, fato esse que não pode ser taxado como um comportamento de reduzido grau de reprovabilidade. 2. A jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte é no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo”.

Já no âmbito da Segunda Turma, o acórdão do HC 90.125/RJ⁵³, em que foi mantida a condenação de policial militar pelo uso de 2,233 gramas de maconha (art.

⁵¹ Yuri Corrêa da Luz faz a seguinte crítica ao entendimento jurisprudencial: “Tomado nesses termos, o princípio da insignificância acabaria por atuar apenas em um momento posterior ao estabelecimento da tipicidade formal, ou seja, primeiro define-se que se trata do tipo penal X e não do tipo penal Y, para então se decidir se houve ou não ataque ao bem jurídico por ele protegido. O juízo descritivo, que avalia os termos formais da verificação da tipicidade, limitaria o espaço de atuação do juízo normativo. Em outras palavras, o raciocínio de subsunção, nesse modelo, não desapareceria, ele seria apenas e tão somente mitigado por um juízo de tipicidade material”. In: **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática**. Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 223.

⁵² Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 08.10.2010

⁵³ Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 05.09.2008

290/CPM⁵⁴, que tipifica os crimes de tráfico, posse e uso de entorpecente ou substância de efeito similar) também revela esse posicionamento do Tribunal.

Até 2004, a questão relativa ao modo pelo qual o princípio da insignificância deveria ser aplicado no dia-a-dia das cortes de justiça era ainda mais urgente do que é atualmente. O vácuo legislativo sobre o tema gerava hesitações e indagações em torno de como conferir à utilização do postulado algum grau de objetividade, homogeneidade e segurança jurídica para que fossem evitados os subjetivismos quando da verificação da insignificância.

Deparando-se com essa preocupação, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento do HC 84.412/SP⁵⁵, ocorrido em 19 de outubro de 2004, listou quatro vetores que, se presentes no caso concreto, ensejariam o reconhecimento da insignificância.

Confira-se o seguinte trecho da ementa do acórdão lavrado naquela oportunidade, que relaciona os parâmetros traçados pelo Tribunal:

“Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público”.

No caso, discutia-se a insignificância de furto praticado por um jovem de dezenove anos que, em janeiro de 2000, subtraía fita de videogame no valor de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), fazendo-o, aparentemente, com a intenção de devolvê-la. O valor do bem correspondia, à época dos fatos, a 18% do salário mínimo e, no ano do julgamento, o percentual caíra para 9,61%.

⁵⁴ *Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar*

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena – reclusão, até cinco anos

[...]

⁵⁵ Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 19.11.2004

Consta do relatório que *“a vítima ‘quis’ retirar a queixa, o que lhe teria sido negado em face do caráter indisponível da ação penal”*. Além disso, o bem teria sido recuperado.

Na linha do que definido pelo STF, o Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012⁵⁶, mais conhecido como Projeto de Novo Código Penal, contém a seguinte sugestão de dispositivo:

“Exclusão do fato criminoso

Art. 28. Não há fato criminoso quando o agente o pratica:

I – no estrito cumprimento do dever legal;

II – no exercício regular de direito;

III – em estado de necessidade; ou

IV – em legítima defesa;

Princípio da insignificância

§ 1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

a) mínima ofensividade da conduta do agente;

b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;

c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

(...)”

Evidente, pois, que os critérios indicados pelo Supremo Tribunal Federal tiveram reflexo na elaboração do referido projeto de lei. Por razões óbvias, se propagaram também nas demais instâncias do Poder Judiciário, que buscaram conferir à aplicação do postulado da insignificância maior objetividade através do exame da presença dos vetores traçados pela Suprema Corte nos casos concretos submetidos a seu julgamento.

2.4.1. Aplicação não uniforme do princípio da insignificância

Os pressupostos de aplicação do princípio da insignificância traçados pelo STF são, entretanto, bastante vagos e imprecisos, e se destinam a justificar a aplicação do postulado nos mais variados casos e pelas mais diversas autoridades judiciárias, o que gera decisões por vezes heterogêneas.

Nos crimes complexos, como o roubo, em que há mais de um bem jurídico protegido, a Corte não vem admitindo o reconhecimento da insignificância⁵⁷.

⁵⁶ Texto do projeto disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1> Acessado em: 04.11.2013.

Na seara dos delitos patrimoniais, por exemplo, há sérias dificuldades em se aferir o valor da insignificância e até mesmo em assentar a utilização do postulado vinculado às cifras financeiras. É bastante comum encontrar na jurisprudência do STF considerações em torno, por exemplo, do percentual do salário mínimo ao qual algum bem equivale para fins de reconhecimento da bagatela.

No julgamento do HC 117.605/MG⁵⁸, a Corte entendeu que dentre outras circunstâncias, o valor dos bens furtados pelo paciente, avaliados em R\$ 194,00 (cento e noventa e quatro reais) não davam azo ao reconhecimento da inexpressividade da lesão, visto que o salário mínimo vigente à época dos fatos era de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais).

Já no HC 103.657/MS⁵⁹, o Tribunal concedeu a ordem, entendendo que ser atípico o furto de bens no valor de R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais).

A controvérsia a respeito dos critérios de aplicação do princípio da insignificância atinge, ainda, os crimes contra a fé pública, tendo em vista o perigo gerado por essas infrações para o sistema financeiro mesmo quando o caso concreto não diz respeito a grandes quantias de dinheiro.

No julgamento do HC 83.526/CE⁶⁰, o STF admitiu a incidência do princípio da insignificância para considerar atípico o crime de moeda falsa. Já no HC 105.638/GO⁶¹, a Corte reputou inaplicável o referido postulado, entendendo *“inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de moeda falsa, em que objeto de tutela da norma a fé pública e a credibilidade do sistema financeiro, não sendo determinante para a tipicidade o valor posto em circulação”*.

É polêmica também a possibilidade de aplicação do princípio em caso de concurso de agentes.

No HC 112.378/DF⁶², o STF afastou a insignificância de infração praticada mediante concurso de agentes. Por outro lado, no HC 104.879/BA⁶³, embora a Corte não tenha acatado a tese da insignificância, isso não se deu em virtude do concurso de agentes, mas do fato de que não se poderia falar em *“reduzido grau de reprovabilidade da conduta praticada pelos pacientes, que, em serviço, durante a*

⁵⁷ A respeito do crime de roubo é farta a jurisprudência do STF: RHC 111.433/DF, Rel. Min. Luiz Fux; HC 95.174/RJ, Rel. Min. Eros Grau; AI-AgR 557.972, Rel. Min. Ellen Gracie, e outros.

⁵⁸ Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 22.10.2013

⁵⁹ Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 04.06.2013

⁶⁰ Rel. Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, DJ 07.05.2004

⁶¹ Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 12.06.2012

⁶² Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 18.9.2012

⁶³ Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 30.08.2013

madrugada, arrombaram, com o uso da força, os armários de marinheiros recrutas para furtar objetos que lá se encontravam”.

No que tange aos crimes contra a administração pública, também não há uniformidade de entendimento.

Em acórdão lavrado no julgamento do HC 112.388/SP⁶⁴, o STF considerou aplicável o princípio da insignificância em caso que envolvia questão relacionada à probidade da administração. No caso, tratava-se de carcereiro que se apropriara de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Já no HC 105.676/RJ⁶⁵, a Corte não acatou a tese de incidência do postulado da insignificância em crime de peculato ao argumento de que o delito imputado ao paciente *“ofendeu o interesse estatal de zelar pela probidade, moralidade e fidelidade do servidor público para com a Administração Pública e seu patrimônio, pouco importando, no caso, a expressividade do valor pecuniário recebido pela ‘venda’ ilegal ou como ‘gratificação pelo bom negócio oferecido’”*.

2.4.1.1. Insignificância e contumácia delitiva

Nos casos em que se verifica a reincidência, a habitualidade delitiva ou a existência de maus antecedentes em desfavor do acusado, comportamentos que caracterizam a contumácia do agente na prática da conduta, a dificuldade da Corte em lidar adequadamente com esse postulado fica ainda mais perceptível, dada a quantidade de casos submetidos ao Tribunal sobre o tema. A questão gerava, até pouco tempo, bastante divergência até dentro dos órgãos do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de se reconhecer a insignificância.

Se, por um lado, o reconhecimento da insignificância da infração em tais casos poderia levar a uma afronta ao senso de Justiça, bem como significar um estímulo ao cometimento das pequenas infrações, a necessidade de se evitar a adoção de critérios que digam respeito à vida pretérita do acusado no juízo de tipicidade fez com que a Primeira e a Segunda Turmas do Tribunal não conseguissem dar à questão tratamento homogêneo. O desacordo entre os julgadores a respeito da conveniência de se diagnosticar a insignificância em caso

⁶⁴ Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, Segunda Turma DJe 14.09.2012

⁶⁵ Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 06.03.2012

de reincidência era bastante claro, especialmente nos casos em que se verificava que o acusado fazia das pequenas infrações seu meio de vida.

A Primeira Turma do Tribunal já vinha firmando seu entendimento no sentido da impossibilidade de se reconhecer a insignificância quando houvesse contumácia no comportamento criminoso por parte do sujeito ativo. Nesse sentido, podem-se citar, ilustrativamente, os seguintes acórdãos: HC 96.202/RS, Rel. Min. Ayres Britto; HC 107.674/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.09.2011; HC 108.969/MS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 07.03.2012; HC 109.739/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.02.2012; HC 110.951/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27.02.2012; HC 113.467/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 13.06.2013; HC 114.548/PR, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 27.11.2012; HC 115.422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 21.08.2012; e RHC 117.807/RS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 14.08.2013.

Já na Segunda Turma, a discussão da questão vinha gerando decisões tanto no sentido da impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância em caso de agente reincidente quanto no sentido de que a reincidência era questão irrelevante para aferição da insignificância no caso concreto.

Na linha da não aplicação do postulado em benefício de agente reincidente, pode-se citar, além de outros, os acórdãos proferidos nos julgamentos do HC 112.597/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, e do HC 110.711/RS, Red. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski.

De outra banda, no julgamento do HC 93.393/RS⁶⁶, a Turma considerou inapropriadas as considerações de ordem subjetiva a respeito da reincidência específica em que incorria o paciente.

Já no HC 106.510/MG⁶⁷, a ordem de habeas corpus restou concedida diante do empate na votação na Segunda Turma. Notícia veiculada no Informativo n. 620 do STF assim se referiu ao caso:

“Ante o empate na votação, a 2ª Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado à pena de 10 meses de reclusão, em regime semi-aberto, pela prática do crime de furto tentado de bem avaliado em R\$ 70,00. Reputou-se, ante a ausência de tipicidade material, que a conduta realizada pelo paciente não configuraria crime. Aduziu-se que, muito embora ele já tivesse sido condenado pela prática de delitos

⁶⁶ Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 15.5.2009

⁶⁷ Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.06.2011

congêneres, tal fato não poderia afastar a aplicabilidade do referido postulado, inclusive porque estaria pendente de análise, pelo Plenário, a própria constitucionalidade do princípio da reincidência, tendo em vista a possibilidade de configurar dupla punição do agente. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, relator, e Ayres Britto, que indeferiam o writ, mas concediam a ordem, de ofício, a fim de alterar, para o aberto, o regime de cumprimento de pena (HC 106.510/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/o acórdão Min. Celso de Mello)⁶⁸.

Mais recentemente, entretanto, até mesmo em razão das últimas modificações na composição do órgão, a Segunda Turma vem consolidando o entendimento pela impossibilidade de reconhecimento da insignificância em favor do infrator contumaz.

Essa estabilização jurisprudencial foi deflagrada a partir de voto-vista proferido na Turma em 23 de maio de 2013, pelo Ministro Teori Zavascki, no RHC 115.226/MG, de relatoria da Min. Cármen Lúcia. Na ocasião, o ministro afirmou que, num juízo de tipicidade conglobante, não é apenas o resultado material da conduta que está em jogo, mas também o seu significado social amplo, de modo que a insignificância poderia ser afastada em casos que evidenciem a contumácia delitiva⁶⁹.

Após a apreciação do referido RHC 115.226/MG, a Segunda Turma manifestou-se diversas vezes pela não aplicação do princípio da insignificância em casos que envolvam agente reincidente. Nesse sentido: HC 118.089/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 24.10.201; HC 113.782/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 17.06.2013; HC 115.707/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 12.08.2013; e RHC 111.489/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 01.08.2013.

2.4.2. Crítica à jurisprudência

Apesar do posicionamento mais recente da Segunda Turma, a Corte, de um modo geral, parece não ter conseguido elaborar até o momento uma justificativa capaz de explicar como circunstâncias de ordem subjetiva relacionadas à conduta

⁶⁸ Informativo disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm>> Acessado em: 29.10.2013.

⁶⁹ Até o presente momento, o acórdão referente ao HC 115.226/MG não foi publicado.

social do autor do delito, mais especificamente a contumácia delitiva, podem afastar a tipicidade, que é um elemento eminentemente objetivo do conceito analítico de crime, a tipicidade, visto que tais circunstâncias pessoais são atinentes, em regra, ao juízo de reprovação do comportamento.

A nosso ver, teoria da tipicidade conglobante exposta pelo Min. Teori Zavascki não se presta a esse fim, pois, como já dito, essa teoria diz respeito à verificação da existência no ordenamento de outra norma que estimula, permite ou ordena a conduta posta em prática pelo agente⁷⁰. No caso da contumácia delitiva, o que se discute não é a permissão, por outros ramos do direito, da conduta, permissão essa que afastaria a tipicidade em razão da impossibilidade de o ilícito penal não ser ilícito em outros ramos do direito, dado os caracteres subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

De todo modo, as outras justificativas que podem ser encontradas na jurisprudência do STF igualmente não explicam satisfatoriamente o processo racional de aferição da tipicidade com base em considerações acerca do sujeito ativo do crime.

Com efeito, as justificativas que prevalecem no Tribunal para se atribuir relevância à reincidência, além daquela relacionada à tipicidade conglobante, são as seguintes:

“o acusado dá claras demonstrações de que adotou a criminalidade como verdadeiro estilo de vida. O que impossibilita a adoção do princípio da insignificância penal e, ao mesmo tempo, justifica a mobilização do aparato de poder em que o Judiciário consiste” (HC 96.202/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.05.2010).

“a reincidência, apesar de tratar-se de critério subjetivo, remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente (...) apresenta

⁷⁰ Conforme registrado no capítulo 1 deste trabalho, os próprios Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que “a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso [...] do oficial de justiça, que se adequa ao ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’ (art. 155, caput, do CP), mas que não é alcançada pela proibição do ‘não furtarás’”. In ZAFFARONI Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, v. 1, p. 400.

comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica” (HC 107.674/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 14.09.2011).

“esses aspectos dão claras demonstrações de ser (...) um infrator contumaz e com personalidade voltada à prática delitiva. (...) ‘o reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário’” (HC 108.969/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 29.11.2012).

“a existência de registros criminais pretéritos (...) obsta o reconhecimento do princípio da insignificância, consoante jurisprudência consolidada da Primeira Turma (...). O mesmo entendimento aplica-se quando há habitualidade delitiva” (HC 114.548/PR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 17.11.2012).

“a pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. A habitualidade e a reincidência delitiva revelam reprovabilidade suficiente a afastar a aplicação do princípio da insignificância” (RHC 117.807/RS, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 14.08.2013).

“o princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal” (HC 112.597/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10.12.2012).

A nosso ver, essas justificativas vêm levando a Corte à construção de uma jurisprudência que se justifica a si mesma, como que em *looping*. Recentemente, por exemplo, no julgamento do HC 119.778/MG⁷¹, a Segunda Turma denegou a ordem em benefício de agente que furtara dois frascos de creme para cabelo que, juntos, totalizavam R\$ 13,00 (treze reais), pois, sendo o paciente reincidente, a não concessão da ordem estaria em harmonia com a jurisprudência consolidada do STF.

⁷¹ Até o presente momento, não foi publicado o acórdão referente ao HC 119.778/MG, de relatoria da Min. Cármen Lúcia.

Aparentemente, formou-se uma jurisprudência estável, mas sob justificativas não muito consistentes.

2.5. Observação final

Por todo o exposto, parece que o STF ainda não dotou de efetiva objetividade um princípio destinado a exclusão da tipicidade.

O rápido exame da jurisprudência colacionada deixa bem claro que alguns elementos externos ao tipo penal, como o valor do bem, a atuação de outros agentes no *iter criminis*, a posição que o agente ocupa nos quadros da administração ou os bens jurídicos protegidos pela norma penal, podem ser determinantes na decisão da Corte. Também a vida pregressa do sujeito ativo do delito vem influenciando na tomada de decisão, sendo esta, talvez, a situação em que a falta de objetividade é mais perceptível.

Ainda que o Tribunal venha se atentando aos anseios de Justiça por parte da sociedade, é preciso dar melhor embasamento às decisões sobre o tema da insignificância, sob pena de se colocar em risco a segurança jurídica, mormente quando a falta de um entendimento claro, preciso e lógico no âmbito da Suprema Corte gera reflexos e distorções em todas as demais instâncias de julgamento.

Resta-nos, pois, averiguar outra forma de se empregar o postulado da insignificância.

3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E POSSÍVEIS ABORDAGENS

3.1. Espécies de infração insignificante

Antes de se propor outra forma de aplicação do princípio da insignificância, convém distinguir duas espécies de infração de bagatela. A distinção é muito útil para sistematizar o estudo da insignificância.

Luiz Flávio Gomes⁷² identifica genericamente duas hipóteses de infração insignificante: a infração de bagatela própria e a infração de bagatela imprópria, que passamos a expor sob os rótulos de insignificância absoluta e insignificância relativa, respectivamente⁷³.

3.1.1. Insignificância absoluta

A infração absolutamente insignificante pode ser definida como aquela em que não há relevância penal da conduta, nem mesmo no seu nascedouro. A conduta dessa espécie é absolutamente inócua para efeitos penais, pois falta-lhe ou o desvalor da ação ou o desvalor do resultado, ou ambos.

Diante da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito criminal, se não há reprovação de um comportamento ou da sua consequência, não há que se cogitar da existência de um ilícito, ao menos não de um ilícito penal, tomando-se como parâmetro o bem jurídico tutelado pela norma. Via de regra, fatos dessa natureza podem ser vistos como meros dissabores da vida cotidiana.

O jurista a cujo trabalho fazemos referência cita exemplos dessa espécie de infração de bagatela bastante ilustrativos da irrelevância da ação praticada e/ou do resultado produzido. Fala-se de situação em que alguém lança um pedaço de papel amassado contra um ônibus destinado ao transporte. Não se concebe a consumação do crime de arremesso de projétil, descrito no art. 264 do Código

⁷² GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

⁷³ As expressões “insignificância absoluta” e “insignificância relativa” foram extraídas de JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati. **Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos**. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15092> Acessado em: 07.10.2013.

Penal⁷⁴, pois não há sequer ameaça ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora. A conduta evidentemente não é desvaliosa perante o direito penal.

Também um pequeno arranhão causado com culpa não decorre de ação desvaliosa, afastando-se o crime de lesão corporal culposa, tipificado pelo art. 129, §6º, do Código Penal⁷⁵. Há, ainda, a hipótese já mencionada de uma inundação (art. 254/CP), em que alguém ajuda o autor do fato derramando um singelo copo d'água que, agregado a milhões de litros, nada representa.

Não seria incorreto dizer que não foi esse tipo de comportamento que o legislador intentou coibir ao elaborar a lei incriminadora.

3.1.2. Insignificância relativa

As infrações relativamente insignificantes, por outro lado, se caracterizam pelo efetivo desvalor da conduta, do resultado, ou de ambos. Com efeito, nos casos em que há insignificância relativa o fato é socialmente lesivo e reprovável. Contudo, dada a diminuta expressividade da lesão ou da ameaça de lesão provocada, pode-se falar em bagatela.

Seria exemplo de infração relativamente insignificante a tentativa de crime grave, ou mesmo a sua consumação, que não cheguem a produzir nenhum resultado muito relevante, como o furto de peças de roupa baratas de uma grande loja.

De fato, o legislador quis, sim, evitar esse tipo de comportamento ao formular o tipo.

⁷⁴ *Arremesso de projétil*

Art. 264. Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar:

Pena – detenção, de um a seis meses.

Parágrafo único. Se o fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.

⁷⁵ *Lesão corporal culposa*

§ 6º Se a lesão é culposa:

Pena – detenção, de dois meses a um ano.

3.1.3. Diferenças entre as infrações absoluta e relativamente insignificantes

Quanto às infrações absolutamente insignificantes, correta a conclusão de inexistência de tipicidade material. Não há qualquer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e não importa quantas vezes o autor ponha em prática a conduta formalmente típica, nem mesmo que o agente atue em concurso com outros indivíduos, pois é fato é, por si só, inócuo.

Com efeito, em casos dessa espécie, a tipicidade material pode ser, de plano, descartada, incidindo o princípio da insignificância como excludente de tipicidade, nos moldes em que defende a doutrina majoritária e conforme a jurisprudência consolidada. Sob a ótica do conceito de tipicidade anteriormente exposto, a ausência de valoração negativa pelo direito penal da ação e/ou do resultado afasta o aspecto material da tipicidade da conduta que não é sequer minimamente lesiva.

Não cabem, nos casos de insignificância absoluta, quaisquer considerações quanto aos elementos circunstanciais que orbitam o tipo penal. Aspectos como a reincidência, o concurso de agentes ou mesmo o valor do bem não tem o condão de tornar a infração minimamente relevante, pois a sua lesividade é inexistente, inócua, e corresponde a um nada jurídico-penal. É, portanto, uma não-afronta ao bem jurídico tutelado através de um comportamento que atende a descrição típica formal. Trata-se da insignificância absoluta.

Contudo, casos dessa natureza dificilmente chegam ao conhecimento do Estado, a não ser em situação bastante excepcional, à qual se faz referência apenas hipoteticamente. A regra é que sequer haja inquérito a cuidar de infrações dessa natureza.

Diversa é a conclusão com relação à infração relativamente insignificante que, com alguma frequência, chega ao conhecimento das autoridades públicas. Quando se está diante da insignificância relativa, há, sim, desvalor da ação ou do resultado, ou de ambos, a ensejar a instauração de inquérito e de ação penal.

Contudo, é a imposição de pena que se mostra desproporcional, injusta e descabida. Mas não se questiona da existência de comportamento delitivo reprovável. De fato, o comportamento do agente é lesivo e grave, e foi esse tipo de comportamento que o legislador quis evitar ao elaborar a norma incriminadora, pois,

tomando-se como base a proteção do bem jurídico, o fato é desprezado pelo direito penal.

Não seria errado dizer, por exemplo, que o legislador, ao elaborar o art. 39 da Lei 9.605/98⁷⁶, quis evitar que fosse desmatada a área de preservação permanente. Mas não seria correto afirmar que o que se buscava era a punição criminal àquele que, ignorando a ilicitude da sua conduta, cortasse duas ou três árvores no local. Nessa situação, caberia indagar, por exemplo, da colocação da flora em risco pela conduta do agente, dos seus antecedentes na prática de ilícitos similares, do concurso de agentes, etc.

A nosso ver, antes de realizar qualquer julgamento a respeito dos casos concretos que se apresentam ao Poder Judiciário, imperioso perscrutar se se está diante de uma infração absolutamente insignificante ou de uma infração relativamente insignificante. Cada tipo de infração, por suas peculiaridades, merece tratamento diferenciado. Se, de um lado, tem-se um nada jurídico-penal, de outro tem-se essencialmente uma questão de Justiça e de proporcionalidade.

Com efeito, é muito frágil a formulação do princípio da insignificância como hoje a doutrina e a jurisprudência majoritária o compreendem. Entendê-lo como postulado que poderia incidir apenas para excluir a tipicidade, ou seja, como princípio aplicável exclusivamente no terreno da teoria do delito é simplificar excessivamente a questão, perdendo-se em precisão na análise dos casos.

3.2. Princípio da irrelevância penal do fato

Para Luiz Flávio Gomes, o mais correto seria aplicar aos casos de insignificância relativa princípio conhecido como princípio da irrelevância penal do fato. O juiz chegaria ao resultado zero quando da fixação da pena ao investigar os elementos do art. 59 do Código Penal no caso concreto.

Analisando a situação, o julgador concluiria que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do fato, bem como o comportamento da vítima,

⁷⁶ Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:
Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

considerados em conjunto, levam à pena zero. Seria, pois, um procedimento de mensuração da reprovação com bases nos aspectos relacionados na legislação.

Contudo, concluir que o juiz poderia chegar à pena zero ao examinar os requisitos elencados na legislação acerca do *quantum* de culpa do agente contrariaria o princípio da legalidade, pois o julgador se mostraria alheio ao fato de que a lei sempre fixa uma pena mínima a ser imposta quando mínima seja a culpabilidade. O preceito secundário da norma não pode ser simplesmente afastado pela constatação de que os aspectos elencados no art. 59 do Código Penal são pouco expressivos no caso concreto da lesão ou do perigo gerado.

A nosso ver, injustiça da sanção criminal não pode ser afastada com base nas regras da legislação infraconstitucional.

3.3. Ausência de tipicidade *versus* desproporcionalidade da sanção

Como demonstrado, a solução dos casos de insignificância relativa por meio da fixação de pena zero pela aplicação do art. 59/CP não é possível, pois o Código Penal não abre portas a essa interpretação. A desproporcionalidade da pena para infrações dessa espécie não poderia levar ao afastamento circunstancial da sanção por meio da própria lei.

Também não parece adequado afirmar que não há tipicidade nessas situações, pois há lesividade da conduta em face ao bem jurídico protegido. O comportamento nasce relevante, apesar de gerar consequências pouco expressivas. Em verdade, nessas situações, o juízo de tipicidade é positivamente realizado pelo intérprete. O que há é um juízo de diminuta reprovabilidade, insuficiente para justificar a drástica intervenção estatal por meio da sanção penal. É, pois, impreciso dizer que não há tipicidade nesses casos.

Se, com relação à insignificância absoluta, faz-se uma análise do fato no âmbito da teoria do delito, com relação à insignificância relativa, deve-se fazer um exame no terreno da teoria da pena.

Pode-se dizer que a teoria do delito se ocupa do exame das características de que se dotam os acontecimentos para que sejam considerados delitos. Dedicar-se ao exame das peculiaridades da infração penal, do que a caracteriza como tal, de

relacionar conduta, resultado, valoração negativa e o processo de subsunção, bem como de conferir à criminalização algum grau de racionalidade e de legitimidade⁷⁷.

De modo bastante elucidativo, Bruno Pinheiro define a teoria geral do delito como

“um fragmento do direito penal que tem como escopo a estruturação do crime, definindo os contornos necessários às infrações penais de forma global. A teoria geral do delito é, portanto, um segmento do Direito Penal que busca delimitar de forma científica a estrutura do que chamamos delito/crime – *lato sensu*, englobando todo ilícito de natureza penal, v.g. crimes e contravenções. [...] A teoria do crime busca explicar os elementos essenciais que compõem as infrações penais”⁷⁸.

Diversamente, a teoria da pena se ocupa da função do direito penal dentro da sociedade, das formas de punição, das finalidades da sanção e das formas de individualiza-la e quantificá-la. Pode-se dizer que

“a história das teorias da pena [...] é uma história universal do próprio direito penal; afinal a pena constitui a resposta penal por excelência”⁷⁹

e que

“a função do direito penal depende da função que se atribua à pena”⁸⁰.

Desse modo, a verificação de que qualquer pena, por menor que seja, é desproporcional ao mal causado pelo agente diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da teoria da pena, e não da aplicação do princípio da

⁷⁷ Francisco Muñoz Conde afirma: “la teoría general del delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea éste en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos” In. BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1.

⁷⁸ In. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 11.

⁷⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 323.

⁸⁰ PUIG, Santiago Mir. **Direito penal fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 58.

insignificância propriamente dito⁸¹, que não permite que se levem em consideração aspectos atinentes à vida pretérita do acusado.

Dada a diferença entre ausência de valoração negativa e valoração negativa mínima, até mesmo pela esfera do direito penal em que cada uma se localiza, uma na teoria do delito e outra na teoria da pena, a insignificância relativa leva à necessidade de se aferir se há proporcionalidade na aplicação da sanção possível, assim considerada somente aquela que se enquadre no espectro legalmente estabelecido de penas mínima e máxima.

“O princípio da proporcionalidade orienta a aplicação judicial da pena ao caso concreto. Praticado o fato por determinado agente, o juiz, atentando para a gravidade da conduta, avaliando o grau da lesão [...], bem como as circunstâncias pessoais do delinquente, fixará [...] a pena adequada e necessária para atingir os fins a ela consignados pelo modelo de Direito Penal constitucionalmente adotado”⁸².

Com efeito, a pena deve ser proporcional ao mal causado pelo delito. Didaticamente, Marcus Alan de Melo Gomes explica:

“enquanto experiência aflitiva – e o caráter aflitivo constitui dado inseparável da pena, atributo que nenhuma teoria ou concepção acerca da sua natureza ou fins conseguiu convincentemente negar – a pena corresponde a um mal. E é essa característica essencial que a aproxima do delito, conferindo-lhes uma condição: ambos constituem lesões [...] a existência desse elemento comum negativo recomenda que se tente estabelecer uma proporção na relação que liga a pena ao delito, de maneira a evitar qualquer desequilíbrio tendente a tornar uma lesão maior do que a outra”⁸³.

Nessa esteira, a conclusão pela exclusão da tipicidade material em todo e qualquer caso de insignificância se mostra frágil. Ora, o juízo de tipicidade material diz respeito à verificação da existência de lesividade no caso concreto, e não à quantificação dessa lesividade. Assim, diante da infração relativamente

⁸¹ A referência a ‘princípio da insignificância propriamente dito’ diz respeito à forma como o postulado é hoje concebido, como excludente de tipicidade, em oposição à outra face do princípio da insignificância que aqui se evidencia, como postulado relacionado ao princípio da proporcionalidade.

⁸² GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 161.

⁸³ Idem, p. 143-144.

insignificante, não se deve questionar da pouca ou muita lesividade do comportamento para efeitos de constatação de atipicidade material do fato. Deve-se, sim, indagar da pouca ou muita lesividade para o afastamento ou para a aplicação da pena.

Frisando o que foi dito, o juízo de proporcionalidade da pena não diz respeito à tipicidade em seu aspecto material, mas sim à proibição de excesso que incide, *in concreto*, nos casos em que a imposição de sanção criminal se mostra inadequada à consecução dos fins visados pela lei. Trata-se muito mais de uma questão de Justiça e de princípios gerais de Direito Penal, especialmente do postulado da proporcionalidade das penas, que de tipicidade realizado exclusivamente no âmbito da teoria do delito. Seria possível se cogitar da realização de juízo de atipicidade, mas somente por meio de uma análise mais ampla do caso, que não se restringisse à teoria do delito, e que adentrasse a teoria da pena para, por meio dela, se chegar à atipicidade por inconstitucionalidade, *in concreto*, da imposição da sanção⁸⁴.

Por meio da técnica da ponderação, ou seja, da verificação da idoneidade (ou adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, o julgador estaria autorizado a fazer incidir diretamente sobre a situação concreta o princípio da proporcionalidade das penas. Não satisfeitos os três princípios parciais da proporcionalidade⁸⁵, deve considerar desarrazoada a imposição da sanção, aplicando o princípio da insignificância como corolário da proporcionalidade no âmbito da teoria da pena, e não como causa excludente de tipicidade que incide no momento da verificação da ocorrência do ilícito penal.

A solução que aqui se propõe, no sentido de não se dar por excluída a tipicidade da conduta quando se trate da infração relativamente , mas de se realizar

⁸⁴ Para maior aprofundamento a respeito do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso, da inconstitucionalidade que decorre da aplicação das leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins e do juízo de proporcionalidade *in concreto*, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 217-231.

⁸⁵ Os três princípios parciais aqui indicados são aqui concebidos como regras às quais ou se satisfaz, ou não se satisfaz, na esteira da lição de Anizio Pires Gavião Filho, que, citando Robert Alexy, afirma: “os três princípios parciais expressam uma ideia de otimização. A expressão ‘princípio’, empregada no conceito de princípio da proporcionalidade, não tem o significado de princípio como mandamento a ser otimizado, em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas e que admite ponderação, no sentido de uma teoria dos princípios. A idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito não são ponderadas frente a algo diferente, mas sim satisfeitas ou não satisfeitas no caso concreto. O problema, portanto, não é de ponderação como ocorre com os princípios e sim de satisfação ou não satisfação como ocorre com as regras. A consequência da não satisfação de uma delas é a ilegalidade. Assim, os três princípios da proporcionalidade devem ser classificados como regras”. In: **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 239.

juízo de proporcionalidade entre a sanção e a reprovabilidade da conduta, é capaz de solucionar satisfatoriamente a dificuldade do STF em fundamentar as decisões em torno da insignificância, pois torna possível que o juiz considere circunstâncias que se orbitam a tipicidade ao buscar a pena justa e necessária à reprovação e à prevenção, sem que isso implique em considerar aspectos adjacentes ao tipo dentro do juízo objetivo de tipicidade.

Registre-se, ainda, que a aferição da proporcionalidade da sanção não se confunde com a utilização do princípio da insignificância como mero corretivo político criminal, pois o emprego de corretivos carece de raciocínio jurídico, o que não acontece com o princípio da proporcionalidade. Também não se trataria de uma causa supralegal de extinção da punibilidade.

Resumidamente,

“punibilidade é a possibilidade jurídica de o Estado impor sanção penal”⁸⁶.

Com a prática do crime, surge o *jus puniendi* do Estado, que pode ser extinto pelas causas extintivas da punibilidade. Conforme ensina René Ariel Dotti,

“as causas extintivas da punibilidade podem ocorrer após o fato, durante o processo ou depois da condenação”⁸⁷.

Desse modo, mais que uma causa extintiva da punibilidade, o princípio da proporcionalidade seria uma verdadeira causa impeditiva do seu surgimento. É o princípio incidindo diretamente sobre o fato.

3.4. Juízo de proporcionalidade e de tipicidade no STF

No HC 110.475/SC⁸⁸ a Primeira Turma apreciou caso que envolvia o porte ilegal de substância entorpecente, ilícito tipificado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006⁸⁹,

⁸⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 155.

⁸⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 763.

⁸⁸ Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.03.2012

⁸⁹ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

O paciente fora flagrado portando 0,6 grama de maconha, pelo que havia sido condenado a 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de prestação de serviços à comunidade.

Na oportunidade, após tecer considerações a respeito da desproporcionalidade da sanção criminal, a Corte, novamente, optou por considerar ausente a tipicidade material do comportamento. Ficou evidente que a Corte não estava realizando exatamente um juízo de tipicidade, mas um juízo de proporcionalidade da sanção.

A Min. Carmén Lúcia reconheceu a lesividade do comportamento e afirmou:

“eu não partilho nem um pouco – o que eu tenho visto e anotado, só com os jovens mesmo, nós sabemos, até nas nossas faculdades, o que o uso de uma droga pode fazer –, mas eu reconheço que, em um caso como este em que foi 0,6 grama de maconha para uso próprio, o ônus disso pode ser muito maior”,

O Min. Luiz Fux, aderindo ao voto do relator, disse:

“aqui, fazemos uma ponderação entre o crime e o castigo, a proporcionalidade disso. E confesso [...] que entendo que se deva aplicar esse entendimento ponderado [...] para conceder a ordem”.

Já o relator, fazendo referência ao parecer da Procuradoria-Geral da República, disse:

“observa-se que o princípio da insignificância jurídica é característica de um direito penal minimamente democrático, resultando daí, conforme preciso ensinamento de Cezar Bitencourt, a necessidade de ‘uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal’”.

Nesse caso do HC 110.475/SC, reconhecer que o que se estava fazendo era um juízo de proporcionalidade entre ‘crime e castigo’, mas, ao final, dar por excluída

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa de curso educativo.

[...]

a tipicidade, indica uma possível incongruência entre as considerações feitas pelo Tribunal e o desfecho do julgamento.

Também no julgamento do HC 112.563/SC⁹⁰, que cuidava da prática do crime ambiental tipificado pelo art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98⁹¹ por pescador flagrado com doze camarões em rede de pesca em desacordo com Portaria do IBAMA, reconheceu-se a atipicidade da conduta. O relator, Min. Ricardo Lewandowski reputou lesivo o comportamento e denegou a ordem. Os demais integrantes da Turma julgadora, contudo, entenderam desproporcional a aplicação da sanção e afastaram a tipicidade a conduta.

Nos casos concretos indicados, a indistinção entre o que se aplica na teoria do delito e o que incide na teoria da pena parece estar na base do incômodo jurisprudencial a respeito da insignificância e dos seus pressupostos objetivos de aplicação. Neles, há circunstâncias adjacentes à tipicidade que se mostram relevantes para fins de reprovação e de imposição de pena.

O reconhecimento da diferença entre a insignificância absoluta e a relativa e das peculiaridades de cada uma conduz, necessariamente, ao reexame da possibilidade de se afastar a tipicidade através do princípio da insignificância em qualquer caso. Com efeito, quando o caso é de insignificância relativa, não é de princípio da insignificância propriamente dito que se trata, mas, mais precisamente, de princípio da proporcionalidade.

A nosso ver, como já dito, a Corte vem chamando de atipicidade a desproporcionalidade da sanção, o que releva uma ausência de diferenciação entre os institutos da insignificância nas infrações absoluta e relativamente insignificantes.

A adoção do postulado da insignificância como corolário do princípio da proporcionalidade possibilitaria ao Tribunal levar em conta, nos casos examinados, a quantidade da droga apreendida e o número de camarões pescados, bem como, no primeiro caso, a circunstância de ser a droga destinada ao consumo pessoal. Isso sem deixar a desejar em objetividade no exame da tipicidade.

⁹⁰ Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 10.12.2012

⁹¹ Art. 34. *Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:*

Pena – detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

[...]

II – pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelho, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

[...]

3.5. Juízo de proporcionalidade e contumácia delitiva

Interessante salientar que as decisões dos casos em que há contumácia delitiva poderiam ter outra fundamentação por meio da aplicação do princípio da insignificância como decorrência do princípio da proporcionalidade no âmbito da teoria da pena. Assim como os casos de contumácia delitiva serviram para ilustrar descompassos entre os próprios julgados do STF a respeito da insignificância, são também bastante apropriados para demonstrar a utilidade da tese que aqui se propõe, justificado o recorte na jurisprudência pela quantidade de acórdãos sobre a matéria, o que indica a frequência com que a situação é submetida ao exame do Judiciário.

De tudo que foi exposto decorre que, nessas situações pode haver, no máximo, insignificância relativa, pois há, sim, gravidade, reprovabilidade e lesividade do fato, o que já é amplamente reconhecido pelo STF.

Entretanto, as justificativas apontadas pelo Tribunal⁹² são contestáveis do ponto de vista da precisão, pois se limitam a dizer que o Poder Judiciário não pode pactuar com as sucessivas reiteraões de conduta desvirtuada, sem indicar uma motivação jurídica nem o raciocínio que está por traz do afastamento do princípio da insignificância.

Também a teoria da tipicidade conglobante exposta pelo Min. Teori Zavascki no RHC 115.226/MG parece não ser suficientemente adequada, pois, como já dito, essa teoria diz respeito à verificação da existência no ordenamento de outra norma que estimula, permite ou ordena a conduta posta em prática pelo agente. No caso da contumácia delitiva, o que se discute não é a permissão, por outros ramos do direito, da conduta, permissão essa que afastaria a tipicidade em razão da impossibilidade de o ilícito penal não ser ilícito em outros ramos do direito, dado os caracteres subsidiário e fragmentário do direito penal.

A imposição da sanção em casos que envolvam agente que pratica sistematicamente a violação à ordem jurídica é mais do que reconhecer a tipicidade do comportamento. É considera-lo merecedor de sanção.

A diferença entre infrações absoluta e relativamente insignificantes, bem como a dessemelhança entre as consequências penais por elas geradas é bastante

⁹² As referidas justificativas constam das páginas 45 e 46 deste trabalho.

apropriada quando se discute, num mesmo caso concreto, insignificância e reincidência. Em verdade, quando o juiz percebe que a reincidência tem relevância no seu processo de convencimento, ainda que se trate de pequeno delito, deve afastar a discussão do eixo da insignificância propriamente dita e da teoria do delito e levá-la ao campo do princípio da proporcionalidade na teoria da pena.

A solução aqui proposta parece capaz de conciliar os sentidos de justiça e equidade, que frequentemente se espraiam pelo tema da insignificância e da insistência do agente em dar continuidade às práticas delitivas, com a necessidade de produzir decisões que contem com fundamentação um pouco mais consistente, menos heterogênea e capaz de privilegiar a segurança jurídica e a sistematicidade do direito.

3.6. Observação final

Bem analisando a questão, a insignificância absoluta dispensa quaisquer considerações acerca da mensuração da lesividade verificada. O fato, por si só, não é criminoso, pois definitivamente não está presente qualquer ameaça ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Independentemente das circunstâncias pessoais de quem pratica o fato ou de quem é por ele atingido, não há lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado.

Quando há insignificância relativa, como demonstrado, existe desvalor de ação, de resultado ou de ambos, ainda que diminuto. Mesmo que a lesão provocada não justifique a imposição de uma pena criminal, há afronta ao bem jurídico que se quer resguardar.

Essas observações conduzem à conclusão de que o princípio da insignificância como causa atipificante pode ter um âmbito de incidência muito mais restrito do que o que lhe vem sendo dedicado.

Num país como o Brasil, em que a formulação jurisprudencial desse postulado tem relação íntima e inegável com questões de política criminal, especialmente no que tange às condições do sistema carcerário, da justiça penal e da função de prevenção geral do direito penal, não distinguir a inexistência de tipicidade material com a desnecessidade ou desproporcionalidade da sanção acaba sendo uma forma de travestir a injustiça da punição de inexistência de fato típico.

Por menor que seja a relevância da lesão ou do perigo, capaz até de conduzir o intérprete ao afastamento da sanção através da aplicação do princípio da proporcionalidade, continua havendo fato típico.

Assim, urge que se diferencie a insignificância absoluta da insignificância relativa para efeitos de exclusão do fato típico ou de exclusão da sanção, pois em cada uma delas na vida do acusado deve ser diversa.

No primeiro caso, exclui-se, de fato, a tipicidade material da conduta e sequer se cogita de ilícito penal. No segundo, diante da desproporção que se geraria pela imposição de qualquer sanção, o julgador não aplica pena, mas não afasta a tipicidade e nem a antijuridicidade do comportamento.

Nesse último caso, a decisão que aplica o princípio da proporcionalidade pode, inclusive, vir a servir como elemento de valoração negativa para casos futuros em que o mesmo agente venha a cometer outro pequeno ilícito, caracterizando-se a contumácia delitiva. Sequer haveria violação ao princípio do estado de inocência, pois a decisão que deixa de aplicar sanção não negaria a existência de ilícito penal praticado pelo acusado.

Considerando-se a existência dessas duas situações, seria possível justificar a imposição de sanção em caso de réu que faça da pequena criminalidade o seu modo de vida. Esse, conforme a jurisprudência já sinaliza, não deve receber o mesmo tratamento daquele que pratica isoladamente uma conduta desvirtuada isolada. Nessas hipóteses, o que há é verdadeira insignificância relativa a qual, conforme se constate a contumácia delitiva do agente, leva ao aumento da valoração negativa atribuída às ocorrências futuras, deixando de ter aplicação o princípio da proporcionalidade para fins de excluir a sanção.

Diante das considerações expostas, entende-se que é necessário primeiro indagar se há lesividade no fato praticado.

Presente a lesividade, mesmo mínima, deve o juiz afastar o postulado da insignificância propriamente dito, que diz respeito à infração absolutamente insignificante, e verificar se é ou não o caso de se aplicar o postulado da proporcionalidade para excluir a injustiça da pena no caso concreto.

CONCLUSÃO

O princípio da insignificância, apesar de não estar positivado na legislação brasileira, à exceção do direito penal militar, é um postulado implícito de interpretação da lei, que vem ganhando substancial espaço na prática penal. Sua aplicação vem se difundindo e já não é mais possível, nos dias de hoje, negar sua existência, relevância e a aplicabilidade.

Apesar dos benefícios advindos da aplicabilidade do postulado, que privilegia a justiça em detrimento do formalismo exacerbado, é preciso tomar cuidado para que a sua aplicação desordenada não faça dele um remédio perigoso, capaz de colocar em risco a segurança jurídica e a isonomia que se esperam do direito penal.

A compreensão majoritária do princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade em toda e qualquer hipótese em que se verifica uma infração de bagatela é contestável, pois, aparentemente, nem toda infração de bagatela mostra-se despida de lesividade, gravidade e reprovabilidade do fato face ao bem jurídico protegido.

Quanto à infração absolutamente insignificante, de fato, tem-se um nada jurídico-penal, que não resiste sequer ao exame de tipicidade, podendo-se falar, portanto, em insignificância absoluta do fato. Já com relação à infração relativamente insignificante há, ainda que em menor escala, lesão ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora, não se devendo cogitar, portanto, nesses casos, de pura e simples atipicidade.

Na maioria dos casos, o Poder Judiciário se depara com essa segunda espécie de infração de bagatela. Nela, a insignificância se revela ao intérprete quando se examina a sanção cominada em lei para o caso, cotejando-a com a lesividade e reprovabilidade concretas realizadas no mundo dos fatos pelo agente. A justiça, nesses casos, está muito mais próxima da não aplicação da sanção do que da sua imposição em manifesta desproporcionalidade em relação ao mal perpetrado pela conduta imputada.

Assim, distinguir a insignificância absoluta da insignificância relativa, bem como as consequências a que cada uma conduz, pode aumentar o potencial de convencimento das decisões e privilegiar a coerência sistêmica do direito penal. De fato, a infração absolutamente insignificante conduz à atipicidade da conduta. De

outra parte, pelo raciocínio que aqui se propõe, a infração relativamente insignificante levaria o intérprete a concluir pela desproporcionalidade sanção.

As decisões do STF levam a crer que há uma incongruência em se levar em conta, no exame de tipicidade, considerações a respeito do grau de reprovabilidade do comportamento, e que seria injusto isentar de pena quem pratica, reiteradamente, pequenos delitos que, isoladamente, poderiam não ter repercussão penal. Contudo, ainda não se desenvolveu, para casos assim, explicações aptas a esclarecer em que circunstâncias fatos concretos de pouca relevância podem levar à atipicidade ou à inaplicabilidade da sanção.

Nesse contexto, mostra-se urgente, portanto, que se aprofunde o debate sobre essas questões, com o objetivo de superar as fragilidades conceituais apontadas neste trabalho. Nesse sentido, a distinção entre juízo de atipicidade e juízo de desproporcionalidade da pena apresenta-se como interessante abordagem dos desafios enfrentados no desenvolvimento e na adoção do princípio da insignificância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e revistas

AMORIM, Tathiana de Melo Lessa; SOUZA, Ricardo Antonio de. **Delineamentos sobre o risco permitido e a adequação social**. Revista jurídica Consulex, ano XII, n. 276, 15.7.2008, p. 57-58.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

BIRALDI, Carlos Ismar. **Teoria da insignificância penal**. ESMAGIS, revista semestral, n.6, fev., 2004. p. 31-47.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

_____; CONDE, Francisco Muños. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz e outros. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados**. Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p. 117-148.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009.

DALBORA, José Luis Guzmán. **La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico**. Revista brasileira de ciências criminais, n. 14, abri./jun. 1996, p.41-82.

DE SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Ministério público e o princípio da obrigatoriedade**. São Paulo: Método, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais.

FILHO, Anizio Pires Gavião. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

FILHO, Diomar Ackel. **O princípio da insignificância no direito penal**. Lex coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo: Lex editora, v. 94, 1988, p. 73-77.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JESUS. Damásio de. **Direito penal parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

JUNIOR, Lúcio Antônio Chamon. **Do giro finalista ao funcionalismo penal embates de perspectivas dogmáticas decadentes**. Porto Alegre: Sergio antonio fabris editor, 2004.

LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática**. Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 203-233.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. **Manual de direito penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e a constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
REIS, André Wagner Melgaço. **O princípio da adequação social no direito penal**. Revista de estudos criminais, ano VII, n. 27, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muños Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

TOAZZA, Gabriela Rubin. **O princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. São Paulo: Nelpa, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro – I**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, v. 1.

Internet

BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012**. Disponível em:
<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>
Acessado em: 04.11.2013

_____. Congresso. Câmara. **Proposta de emenda à constituição n. 524, de 2006.** Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=382516&ilename=Tramitacao-PEC+524/2006> Acessado em: 27.10.2013

_____. Ministério da justiça. **Sistema integrado de informações penitenciárias.**

Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acessado em: 28.10.2013

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em:

<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acessado em: 28.10.2013

GOMES, Luiz Flávio. **Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva +**

tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8383/tipicidade-penal-tipicidade-formal-ou-objetiva-tipicidade-material-ou-normativa-tipicidade-subjetiva>> Acessado em: 30.10.2013

GUIMARÃES, Rodrigo Suzana. **Tipo total de injusto.** Meritum, revista de direito da universidade FUMEC, v. 3, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível para download em:

<<http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/781/0>> Acessado em: 04.11.2013

JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati. **Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos.** Disponível em:

<http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15092> Acessado em: 04.11.2013

Decisões judiciais

BRASIL

Supremo Tribunal Federal

HC 83.526/CE

HC 84.412/SP

HC 93.393/RS

HC 94.058/RS

HC 96.202/RS

HC 96.412/SP

HC 97.190/GO

HC 97.220/MG
HC 99.594/MG
HC 100.177/PR
HC 103.657/MS
HC 104.407/DF
HC 104.787/RJ
HC 104.879/BA
HC 105.638/GO
HC 105.676/RJ
HC 106.510/MG
HC 107.674/MG
HC 108.969/MS
HC 109.739/SP
HC 110.475/SC
HC 110.711/RS
HC 110.951/RS
HC 112.378/DF
HC 112.388/SP
HC 112.563/SC
HC 112.597/PR
HC 113.467/DF
HC 113.782/RS
HC 114.548/PR
HC 115.422/RS
HC 115.707/MS
HC 117.605/MG
HC 118.089/MG
RHC 111.489/DF
RHC 115.226/MG
RHC 117.807/RS

Legislação

BRASIL. Código de processo civil (1973). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acessado em
02.10.2013

_____. Código de Processo Penal (1941). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acessado em
02.10.2013

_____. Código penal (1940). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acessado em
02.10.2013

_____. Código Penal Militar (1969). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm> Acessado em 02.10.2013

_____. Constituição da república (1988). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em 02.10.2013

_____. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> Acessado em 02.10.2013

_____. Lei 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm> Acessado em 02.10.2013

_____. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acessado em 02.10.2013

_____. Ministério da fazenda. **Portaria n. 75/2012**. Disponível em:
<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm>> Acessado em: 02.11.2013